This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

UNIVERSITY OF MICHIGAN

A COLLECTION OF EARLY CHRISTIAN LITERATURE

CONTAINING WORKS OF THE CHRISTIAN WRITERS
UNDER THE ROMAN EMPIRE
AND PUBLICATIONS ILLUSTRATING THE
RELATION OF CHRISTIANITY TO PAGANISM

PRESENTED BY
MR. D. M. FERRY, OF DETROIT

Digitized by Google

Digitized by Google

Geist des römischen Rechts

auf den

verschiedenen Stufen seiner Entwicklung.

Zweiter Theil.

Zweite Abtheilung.

Digitized by Google

Digitized by Google

Geist des römischen Rechts

84664

auf den

verschiedenen Stufen seiner Entwicklung.

Von

Rudolph von Jhering.

Zweiter Theil.

Zweite Abtheilung.

Fünfte unveränderte Auflage.

Leipzig
Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel
1898.

Digitized by Google

K
218
.R76
J58
v.2
no.1

Alle Rechte, insbesondere das der Übersetzung, vorbehalten.

Digitized by Google

Vorrede zur vierten Auflage.

Die gegenwärtige vierte Auflage dieses Bandes unterscheidet sich von der dritten theils durch Berichtigung der mancherlei Druckfehler in den Quellencitaten, welche sich in die früheren Auflagen eingeschlichen hatten, theils durch mancherlei stylistische Verbesserungen. Leider konnte ich der Darstellung, die mich stellenweise durchaus nicht mehr befriedigte, nicht diejenige Gestalt geben, die sie, wenn ich mich jetzt erst an die Arbeit zu machen hätte, erhalten haben würde, ich hätte ganze Partien umarbeiten müssen, und dazu fehlte es mir an Zeit. So habe ich denn manches stehen lassen müssen, was den Anforderungen, die ich selber gegenwärtig an mich mache, nicht mehr entspricht, und mich auf Verbesserungen im Kleinen beschränken müssen.

Die Revision der Quellencitate und die der Correctur hat mir ein lieber Freund und ehemaliger Zuhörer von mir, Herr Professor Biermann in Hermannstadt, abgenommen, ich selber habe nur diejenigen Citate rectificirt, welche er nicht zu berichtigen vermochte. Für die mir gerade in dieser Zeit außerordentlich werthvolle Erleichterung, welche er mir damit gewährt hat, unterlasse ich nicht ihm hiermit öffentlich meinen wärmsten Dank auszusprechen.

Die Vorrede zur ersten Auflage lasse ich bis auf den Anfang, der seine Bedeutung verloren hat, im Folgenden

Digitized by Google

abdrucken. Dieſelbe enthält die mir abgenöthigte oratio pro domo gegen frühere Angriffe, und ich halte ſie noch heutzutage ebenſowenig für überflüſſig wie damals.

Göttingen, 15. Juni 1883.

Rudolph von Ihering.

Aus der Vorrede zur erſten Auflage.

Ich glaube, daß es keine wiſſenſchaftliche Aufgabe gibt, die demjenigen, der es ernſt mit ihr meint, mehr Qualen bereitet, ihn mehr aufreibt und an ihm zehrt, als eine derartige, wie es die meinige iſt, d. h. eine Aufgabe geſchichtsphiloſophiſcher Art. Ich meine nicht etwa die Schwierigkeiten der Abſtraction, nicht jenes unbehagliche, demüthigende Gefühl, das ſie hinterlaſſen, auch bei angeſtrengteſter Arbeit nie ihrer Herr geworden zu ſein, ſtets etwas in der Sache zurücklaſſen zu müſſen, das man ahnt, aber nicht finden kann. Ich meine etwas anderes. Einmal zunächſt die Gefahr des Abweges zur Oberflächlichkeit, Seichtigkeit, geiſtreichen Nichtsſagerei. Sie liegt nicht etwa in dem Subject, ſondern in der Aufgabe ſelbſt. Sie iſt es, die gründlichen und vorſichtigen Naturen ſo häufig eine Abneigung gegen die Aufgabe ſelbſt einflößt und ſie mit gerechtem Mißtrauen gegen die von leckeren Naturen unternommenen Löſungsverſuche erfüllt. Und in der That! es ſind nicht immer die Beſten, welche ſich ihr zuwenden. Welche Schaar hat ſich unter dem Ban-

Digitized by Google

ner versammelt, das ich angeblich zuerst aufgesteckt haben soll, welche Phrasen, welche Seifenblasen, welche schiefen, in ihrer eigenen Unwahrheit und Absurdität sich vernichtenden Anschauungen und Offenbarungen hat man uns aufgetischt! Auf diesem Felde glaubte man am müheloseſten Lorbeeren erringen zu können, zu ärndten, wo Andere gearbeitet, ihren auf dem Wege mühsamer Forschung gewonnenen Resultaten nur eine bunte Jacke anziehen zu brauchen, um sie zu den seinigen zu machen. Jene Lorbeeren sind aber schnell verwelkt, und soweit die meinigen in ähnlicher Weise erworben sind, wünsche ich dasselbe auch von ihnen. Ich darf indeß von mir behaupten, daß mich nicht die Flucht vor ernster Arbeit jener Aufgabe in die Arme geführt hat; ich habe in ihr mehr Arbeit erwartet und gefunden, als mir irgend ein concreter Stoff in Aussicht gestellt hätte. Eben darum aber ist mir der Unfug, den man mit der Sache getrieben, die Frivolität und Seichtigkeit, die dabei zu Tage getreten, in innerster Seele verhaßt, und schon lange suchte ich nach der Gelegenheit, die mir jetzt erst zu Theil wird, meinem Urtheil darüber einen öffentlichen Ausdruck zu geben. Ich fürchte nicht, daß ich mir damit selbst das Urtheil spreche. Daß nicht auch ich der Versuchung des Construirens und gewagten Combinirens öfters unterlegen sein sollte, wie könnte ich es mir verhehlen! Gehe Einer hin und versuche es, — ob er frei davon bleibt! Aber wessen ich mir bewußt bin und wessen ich leider gezwungen bin mich zu rühmen, ist die Liebe zu meiner Aufgabe und der Fleiß und Ernst, die einmal die untrennbaren Begleiter der Liebe sind. In diesem Bewußtsein fühle ich mich stark genug, das Urtheil über mich herauszufordern und auf Schonung zu ver-

Digitized by Google

zichten. Aber andererseits erhebe ich auch den Anspruch, mich nach mir selbst zu beurtheilen und mir nicht Verirrungen Anderer zur Last zu legen, über die mein Urtheil nicht anders lautet als das aller Verständigen.

Daß ich an meinen Richter den Anspruch erhebe, mein Buch zu lesen, könnte als ein Hohn klingen. Leider hat es seinen triftigen Grund. Ob der bloße Titel meines Buchs in den Augen Mancher schon ausreichend ist, um ihm ungelesen das Verdammungsurtheil zu sprechen? — kurzum Walter in Bonn hat sich nicht entblödet, dies über sich zu gewinnen. Sein Durchzug durch sämmtliche Disciplinen der Jurisprudenz führte ihn auch auf die Encyclopädie, und wir verdanken dieser Gelegenheit das lehrreiche und erbauliche Schauspiel, einen Mann, der auf concret historischem Gebiet sich immer mit Geschick und Vorsicht bewegt hat, auf dem philosophischen Seile mit der Balancirstange in der Hand sich abmühen zu sehen. Neben den sonstigen auf ein philosophisch unmündiges Publicum berechneten Productionen ergeht er sich auch über die Philosophie des positiven Rechts (§ 48) und gibt bei dieser Gelegenheit verschiedene „Cautelen", wie Thomasius sie nennen würde, „zur umsichtigen und fürtrefflichen Herstellung" einer solchen. Die dritte lautet dahin, daß man sich bei der Charakteristik dessen, was man den Geist eines Rechts nennt, vor einer zu vagen Allgemeinheit hüten müsse. Das Recht eines Volkes sei, wie das Volk selbst, aus so vielen geistigen Elementen zusammengesetzt, es herrsche so sehr in den Instituten bald das eine, bald das andere Element vor, daß ein für alle gelten sollender Charakterzug, zumal wenn noch die Färbung einer philosophischen Schule hinzukomme, nur zu leicht auf un-

Digitized by Google

wahre und unfruchtbare Redensarten hinauslaufe. In der Note wird neben Anderen dann auch mir die Ehre zu Theil, als abschreckendes Beispiel zu figuriren, und zwar soll ich als Charakter des römischen Rechts die Subjectivität, als die des deutschen die Objectivität hingestellt haben, während Schmidt (Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Recht) denselben gerade entgegengesetzt bestimme. Daß der letztere Schriftsteller mit aller seiner Mühe, die er sich gegeben, dem deutschen Recht die Objectivität, dem römischen die Subjectivität zu vindiciren — eine Formel, die sich in jedem Paragraphen des Buchs wiederholt — so wenig ausgerichtet hat, daß gerade er sich als Zeugen für das Gegentheil aufführen lassen muß, — nun, das würde in Betracht kommen, wenn es sich fragte, ob Walter, ich will nicht sagen, das Schmidt'sche Buch gelesen, sondern nur einen Blick hineingethan habe. Für mich handelt es sich nur um mein Buch. Und darüber fordere ich jeden Leser zum Richter auf. Wo habe ich den Versuch gemacht, den principiellen Gegensatz zwischen römischem und deutschem Recht in eine enge Formel zu bannen oder gar auf die Schmidt'sche, gegen die ich Bd. 2 S. 124 selbst Protest erhoben habe, zurückzuführen? Wo habe ich von einer Objectivität des deutschen Rechts gesprochen? wo das römische über den kahlen und dürren Leisten der Subjectivität geschlagen? Ich meine, mein ganzes Buch liefert den schlagenden Gegenbeweis gegen die Möglichkeit, den Charakter eines Rechts auf eine kurze Formel zurückzuführen. Doch, warum soll ich mich über Walter beklagen? Wie könnte ich mehr verlangen, als die alten Schriftsteller, deren Citate nicht selten aus der Zimmern'schen Rechtsgeschichte falsch, also

Digitized by Google

ungelesen in die Walter'sche übergegangen sind? Nur den Rath will ich diesem Gelehrten nicht vorenthalten: will er wiederum über Bücher urtheilen, ohne sie gelesen zu haben, so verdecke er es durch das, was mir in seinen Augen zum Schaden gereicht haben soll: „vage Allgemeinheit".

In der Vorrede zu seiner römischen Rechtsgeschichte hat Rudorff Äußerungen gethan, die auch auf mich bezogen worden sind. Er spricht hier von einer neueren Richtung, die sich durch ihre „exclusive Verfolgung der allgemeinsten Rechtsanschauungen, bedenkliche Unterschätzung treuer Erforschung auch des scheinbar Geringfügigen, Versuche neuer Methoden und durch eine der niedern Naturwissenschaft entlehnte Terminologie" charakterisire. In der Verdammung dieser Richtung stimme ich ganz mit ihm überein, um so mehr aber habe ich Anlaß dagegen zu protestiren, daß man mich ihr zuzähle.

Meine Ansicht über allgemeine Gesichtspunkte kann ich mit einem Worte wiedergeben: ich betrachte sie als Schlüssel zum Verständniß des Einzelnen. Für den, der sich nicht im Besitz des Einzelnen befindet, ist der Schlüssel ohne allen Werth, und ich könnte mir nichts Verkehrteres denken, als den akademischen Vortrag der Rechtsgeschichte statt auf die Erlernung des Einzelnen auf allgemeine Gesichtspunkte zu richten. Es hieße, die studirende Jugend systematisch zur Oberflächlichkeit und Ungründlichkeit zu erziehen, ihr anstatt eines wirklichen Besitzthums Nachschlüssel in die Hände zu geben, abstracte Dietriche, mit denen sie mehr verdrehen als öffnen würden.

Also: der Werth der allgemeinen Gesichtspunkte bestimmt sich sowohl für den Einzelnen als die Wissenschaft nach dem

Digitized by Google

Concreten, das sie erschließen. Wie nun, wenn man sich so in die Arbeit theilte, daß der Eine das Concrete, der Andere das Abstracte zu liefern übernähme? In der That scheinen Manche mich in den Ruf bringen zu wollen, als hätte ich es auf eine solche Theilung der Arbeit abgesehen, und als ob ich von der Höhe des „Geistes" mit einem gewissen Mitleiden auf die mit der treuen Erforschung des Einzelnen beschäftigten Arbeiter herabsähe. Mit Worten dagegen zu protestiren, wäre vergeblich, ich hoffe durch die That jenen Vorwurf mehr und mehr verstummen zu machen. Ich unterstelle die gegenwärtige Abtheilung ganz und gar der Kritik vom Standpunkt des Concreten. Möge man also bei der Beurtheilung derselben gerade das, woran für mich der Schweiß jahrelangen Ringens klebt: die Auffindung, Verfolgung und plastische Gestaltung des Allgemeinen ganz außer Anschlag lassen, mich lediglich messen und wiegen nach den Einzelnheiten, die ich selbst zuerst in den Quellen entdeckt oder in den rechten Zusammenhang und dadurch zu ihrem Verständniß gebracht habe — in meinen eigenen Augen hat dies zwar nur einen untergeordneten Werth, aber gegenüber denen, die sich mir gegenüber mit derartigen Leistungen zu brüsten gedenken, will ich es getrost in die Wagschale werfen und mir ganz und gar das Maß gefallen lassen, mit dem sie gemessen sein wollen, ohne meinerseits zu verlangen, daß sie sich ihrerseits auch einmal meinem Maße unterwerfen sollen.

Der Wunsch, meinen Gegnern diesen bequemen Einwand gegen ein ihnen unbequemes Buch aus den Händen zu nehmen, ist auf die Ausarbeitung der vorliegenden, wie bereits der vorhergehenden Abtheilung nicht ohne Einfluß geblieben. Ich

Digitized by Google

habe nämlich bei beiden des Stofflichen lieber eher zu viel als zu wenig gethan, und einen Theil der Schuld an dem Anschwellen meines Werkes mögen diejenigen tragen, welche mich zu diesem Akt der literarischen Selbstvertheidigung genöthigt haben.

Mich gegen den „Versuch einer neuen Methode" zu rechtfertigen, kann mir so wenig in den Sinn kommen, daß ich umgekehrt diesen Vorwurf mit Freuden acceptire. Darauf ist allerdings mein Buch berechnet, die bisher ausschließlich herrschende Methode in der Darstellung der römischen Rechtsgeschichte zu verlassen, um eine andere daneben zur Geltung zu bringen. Nicht aber sie zur ausschließlichen zu machen. Ich selbst würde, wenn ich römische Rechtsgeschichte zu lesen hätte, die meinige für ungeeignet halten, aus demselben Grunde, aus dem eine Vorlesung über Philosophie der Geschichte die historischen Vorträge nicht ersetzen kann. Aber etwas anderes ist es, die Methode zum Zweck der Forschung und literarischen Darstellung zu verwenden, und daß sie nach dieser Seite hin vollkommen berechtigt ist, darüber warte ich ohne Bangen das Urtheil der kommenden Zeit ab.

Die „Terminologie der niederen Naturwissenschaft für die höhere Jurisprudenz" verwandt zu haben — von diesem Vorwurf kann ich mich allerdings nicht lossprechen. Aber daß ich sie mit der „durch ihre Festigkeit und Eigenthümlichkeit unschätzbaren Rechtssprache vertauscht hätte", damit hat es doch eine etwas andere Bewandtniß. Wer alte Begriffe statt mit alten Ausdrücken mit neuen, selbstfabricirten bezeichnet, ist ein Narr, und die Welt nimmt von seinen Umtaufungsversuchen keine Notiz. In einer andern Lage aber

Digitized by Google

befindet sich der, welcher neue Begriffe und Anschauungen vorzutragen hat, bestände das Neue auch nur darin, daß er etwas bereits Vorhandenes auf eine bestimmte einzelne Wissenschaft überträgt. Will er sich nicht bloß auf einige wenige Fachgenossen beschränken, will er zu einem größeren Publikum sprechen und namentlich wie ich auch Studirenden und Laien verständlich werden, so ist er gezwungen, für seine Ideen nach Anknüpfungspunkten zu suchen, über die ein Jeder gebietet, Bilder und Vergleiche zu benutzen u. s. w. Wo fänden sich diese Anknüpfungspunkte an das sinnliche Denken in dem Maße als in der Natur, wo mithin die zu recipirenden Ausdrücke in dem Maße als in der Naturwissenschaft? Ein Anderer, der mit lauter gegebenen Begriffen operirt, hat leicht zu meistern: mach's wie ich, gebrauche nur abstracte Ausdrücke. Nach funfzig Jahren, wenn jene Anschauungen erst Gemeingut geworden und allseitig geprüft, berichtigt und festgestaltet sind, kann ich's auch, wenn ich's aber jetzt versuchen wollte, würden die meisten meiner Leser mein Buch als ein abstruses in die Ecke werfen.

Dies führt mich auf einen andern Punkt hinsichtlich der Darstellung, der mir viele Schwierigkeiten verursacht und das raschere Fortarbeiten ungemein erschwert hat. Ich meine die richtige Verbindung des abstracten mit dem concret historischen Element. Wenn irgendwo die Darstellung sich wie auf schmaler Linie zwischen zwei Extremen zu bewegen hat, so ist dies bei einer Aufgabe wie der meinigen der Fall. Das Abstracte ohne starke, stoffliche Füllung ist ermüdend, trocken und bei den meisten Lesern wirkungslos. Also das Gegengewicht ein bedeutendes stoffliches Element. Aber eben damit beginnt die Gefahr des Zuviel und Zuwenig, das auf den

Digitized by Google

rein subjectiven Takt gestellte Abmessen des richtigen Gleichgewichts: eine Klippe, die für einen Schriftsteller, welcher einen concreten Stoff vor sich hat, gar nicht existirt. Ob man die allgemeinen Ideen, zunächst mit einzelnen Beispielen untermischt, vorausschicken, ob man sie in die Darstellung des Concreten verweben oder erst durch die unbefangene concrete Darstellung Grund und Boden für die abstracte Betrachtung gewinnen soll, ob man das historische Material seinem ganzen Umfang nach mittheilen oder als bekannt voraussetzen oder nur wie im Vorübergehen an die wesentlichen Punkte erinnern soll — das sind lauter Fragen, die sich mir fast bei jedem einzelnen Punkt wiederholt haben und bei jedem in individueller Weise zu lösen waren. Ob die Lösung immer die richtige gewesen, darüber will ich mit Niemandem rechten. Dem Einen mag ich des Allgemeinen, dem Andern des Concreten zu viel gethan haben. Darüber gibt es keinen objectiven Maßstab. Ich bitte nur zu berücksichtigen, daß es mir nach meiner Erklärung in der Einleitung meines Werks (B. 1 S. 11) nicht bloß auf das römische Recht ankommt, sondern zugleich darauf, an und in dem römischen Recht das Wesen des Rechts überhaupt zur Anschauung zu bringen. Wer liest heutzutage noch Untersuchungen über das Wesen des Rechts? Wer sie feil hat, darf sie daher dem Publikum nicht in dieser Gestalt vorführen, sondern in und an einem concreten Stoff. Meiner festen Überzeugung nach gereicht dies ihnen selbst zu hohem Nutzen. Die Rechtsphilosophie würde ihren Credit nicht in dem Maße eingebüßt haben, wie sie es leider heutzutage hat, wenn sie sich das Element des Historischen und Concreten nicht zu sehr hätte abhanden kommen lassen. Ihre Zukunft liegt m. E. in einer energischeren Wiederaufnahme desselben, in einer auf

Digitized by Google

dem Wege der Analyse und Vergleichung des Einzelnen zu gewinnenden Naturlehre des Rechts. Dazu Beiträge zu liefern, ist der ausgesprochene Zweck meines Buchs, und von der vorliegenden Abtheilung bitte ich namentlich die allgemeine Theorie der Technik und des Formalismus aus diesem Gesichtspunkt zu beurtheilen.

Meiner oratio pro domo habe ich noch einen Punkt hinzuzusetzen. Zu den Vorwürfen, die mir gemacht sind, gehört namentlich auch der der Verwegenheit im Combiniren und der Aufstellung von Hypothesen. Ich nehme ihn hin. Aber ich gebe ihn auch zurück. Ich bin nicht Zöllner genug, um dem Pharisäer gegenüber an meine Brust zu schlagen und zu sagen: Gott sei mir Sünder gnädig. Daß ein Werk, wie das meinige, seiner ganzen Bestimmung und Anlage nach mehr Anlaß zu Hypothesen und Combinationen gibt, als eine auf einen einzelnen Punkt sich beschränkende rechtshistorische Abhandlung oder ein Compendium der Rechtsgeschichte, liegt auf der Hand. Immerhin möge man nun über manche derselben den Stab brechen, aber ich verlange in dieser Beziehung nicht anders behandelt zu sein als jeder Andere. Oder bin ich etwa der, der zuerst die Sünde in die Welt gebracht hat? Das Gedächtniß Mancher scheint sehr kurz zu sein, ich will es etwas auffrischen. Ich rede nicht von Leuten, wie Gans und dem verstorbenen J. Christiansen, sondern ich will meine Mitschuldigen aus der Zahl derer greifen, die sich „den neueren Zeitrichtungen gegenüber auf dem Boden soliden Erkennens und Fortarbeitens wissen."

Der Schriftsteller, dem ich diese letzteren Worte entnehme, Rudorff, belehrte uns in seinen gromatischen Institutionen (Schriften der römischen Feldmesser von Blume, Lachmann

Digitized by Google

und Rudorff B. 2 S. 303), daß das ältere Recht keine Veräußerung der Grundstücke kannte. Als Gründe figuriren 1) der Ausdruck: heredium, nebst der ihm von Varro hinzugefügten Erklärung quod heredem sequeretur, und 2) der angebliche gänzliche Mangel einer Veräußerungsform. Die mancipatio soll nämlich ursprünglich nur bei beweglichen Sachen gegolten und erst unter dem Einfluß der mobilisirenden Tendenz von dem Verkehr auf die unbeweglichen übertragen, diese „Praxis" aber sodann von den XII Tafeln sanctionirt worden sein.

Nun, wenn der „Boden des soliden Erkennens" solche Früchte trägt, so können auch die meinigen auf ihm gewachsen sein! Prüfen wir die äußere Beglaubigung jener in Form einer historischen Thatsache vorgetragenen Hypothese, so hängt sie mit ihrem ganzen Gewicht an einem einzigen Nagel: dem Wort heredium. Und ich denke, es ist ein recht schwacher. Denn der Gegensatz, den heredium involvirt, braucht nicht zu sein der zwischen unveräußerlichem und veräußerlichem Eigenthum, sondern er kann auch sein der zwischen Privateigenthum und Gemeindeland, heredium und ager publicus. Der letztere Gegensatz ist historisch beglaubigt, von dem ersteren wissen wir nichts. Dem lateinischen heredium entspricht das deutsche „Erbeigen". Würde ein Germanist sich noch auf dem Boden solider Forschung wissen, wenn er ohne weitere positive Anhaltspunkte bloß auf dies eine Wort hin sich eine Geschichte des deutschen Eigenthums construirte, die mit dem historisch allein erkennbaren Zustand in grellem Widerspruch stände?

An Jeden, der eine Hypothese aufstellt, darf man die Anforderung erheben, daß er sich ihres Zusammenhanges mit dem ganzen System, dem sie angehört, ihres Eingreifens in

Digitized by Google

connexe Gebiete, ihrer Postulate u. s. w. bewußt sei. Ob jener Schriftsteller diese Anforderung erfüllt hat? Ich möchte es sehr bezweifeln. War die Veräußerung des Grundeigenthums unmöglich, so war es auch die Bestellung von Servituten, da sie bekanntlich unter den Gesichtspunkt der Veräußerung fällt. Oder war letztere vielleicht möglich unter Zustimmung der nächsten Anwärter? Dann hätte auch jene es sein müssen, und es hätte folglich auch zu diesem Zweck eine Veräußerungsform geben müssen. War aber für den einen wie für den anderen Fall die Einwilligung der Agnaten wirkungslos, nun dann haben, seitdem angeblich Romulus die heredia vertheilt, Jahrhunderte lang keine anderen Servituten existiren können, als die bei dieser Gelegenheit auferlegt worden waren. Oder hätten sie durch Usucapion entstehen können? Dann hätte letztere auch beim Eigenthum Platz greifen müssen. Mit dem Erbrecht kommt diese Hypothese gleichfalls ins Gedränge. Wo bleibt die „Stammgutseigenschaft dieser Güter", wenn man sie durch Legat oder Erbeseinsetzung einem andern als dem nächsten Blutsverwandten zuwenden konnte? Oder gab es, bevor die XII Tafeln die Veräußerlichkeit des Grundeigenthums zum Gesetz erhoben, noch keine Testamente? —!

Wenn der Verfasser in derselben Abhandlung (S. 428 daselbst) den uns bisher wohl bekannten römischen arbiter in einen deutschen „Gangrichter" verwandelt, so kann sich mein testis (B. 1 S. 136) (dessen etymologische Ableitung ich übrigens zurücknehme, um die von Lange vorgeschlagene von stare anzunehmen) desselben nur freuen; er braucht sich vor diesem arbiter wahrlich nicht zu schämen!

Wollte ich gar der rechtshistorischen Phantasie Huschke's

Digitized by Google

folgen, welche reiche Ausbeute würde sie mir gewähren, selbst bevor sie sich zur Schöpfung eines eigenen, später untergegangenen Thieres, des Bovigus, steigerte! Ich denke, es wird genügen, wenn ich seinen vom Staat angestellten Getreidemesser (Nexum S. 100) herausgreife, unter dessen Beistand in grauer Vorzeit die Getreidegeschäfte (stipulationes!) abgeschlossen wurden.

Und ist denn das älteste römische Recht, wie Puchta (Cursus der Instit. § 40) es schildert, mit seinem Gegensatz des „quiritischen und ramnischen Rechtsbewußtseins", seinem fehlenden Privateigenthum u. s. w. besser als eine der verwegensten meiner Hypothesen? Ich habe absichtlich diese drei Schriftsteller herausgenommen, weil gerade ihnen trotz dieser „kühnen Griffe" Niemand bestreiten wird, daß sie zu unseren ersten Rechtshistorikern gehören. Wollte ich tiefer hinabsteigen, wie manches stände mir da zu Gebote. Wie vieles wird selbst in unseren Institutionenlehrbüchern als ausgemachte Wahrheit hingestellt, was rein auf Construction beruht. Aus einem der gangbarsten, dem von Marezoll, gebe ich folgende Proben. Das älteste Recht „spaltete sich in ein patricisches und plebejisches." Es bestand aus „Rechtsgewohnheiten, von denen manche gleich anfangs aus den verschiedenen Gegenden Italiens und von den verschiedenen Volksstämmen, also auch mit einer particularrechtlichen Färbung in den neugebildeten Staat mitgebracht worden sind. Viele aber fanden dort erst ihren Ursprung. — Die vielen ursprünglich zusammengetroffenen particularrechtlichen Elemente gingen allmählig in einem gemeinen römischen Recht unter." In der zweiten Periode beginnt derselbe Prozeß von neuem. Das römische Recht „vereinigt sich durch allmählige Verschmelzung mancher genealogisch oder sonst

Digitized by Google

verschiedenartiger Elemente darin, namentlich des besonderen Patricierrechts mit dem Plebejerrecht, zu einem mehr allgemeinen gleichförmigen Recht." Um dieselbe Zeit „fühlten die Römer auch, daß ihr bisheriges strenges Princip, wonach alle Peregrinen für ganz rechtlos gelten, sich nicht mehr durchsetzen lasse, seitdem sie mit Peregrinen nicht bloß in feindliche, sondern auch in freundschaftliche Berührungen des Verkehrs und Zusammenlebens gekommen, der peregrinus also nicht mehr als hostis erschien" — wonach es also bis ins vierte Jahrhundert der Stadt hinein keinen Handel gegeben haben muß. So machten denn die Römer für die Peregrinen das jus gentium, und „sehr natürlich war es, daß ein nicht unbedeutender Theil dieses jus gentium, was dem eigentlichen römischen Recht bisher (bis wann?) noch ganz fremd gewesen war, förmlich in dasselbe als integrirender, ergänzender Theil mit aufgenommen wurde. — Daß aber nicht alles jus gentium schon damals (wann?) mit in das römische Recht aufgenommen wurde, ist gewiß, vielmehr schied sich das eigentliche Peregrinenrecht noch längere Zeit hindurch scharf davon." — Der Senat hatte in dieser Periode eine „anerkannte und entschiedene gesetzgebende Gewalt, ja er entwickelte dieselbe noch früher als das Volk, und die Senatsbeschlüsse waren und hießen im weiteren Sinne leges." Das Bedürfniß der alten Jurisprudenz wird folgendermaßen motivirt. „Es wurde überhaupt jetzt (wann?), seitdem das römische Recht anfing sich in seinem Material zu erweitern, besonders durch die Vereinigung des jus gentium mit dem jus civile die Nothwendigkeit einer zweckmäßigeren Verarbeitung und Fortbildung dieses letzteren durch die prudentes und ihre Interpretation um so lebhafter gefühlt, weil es sonst in Ver-

Digitized by Google

gleichung mit dem jus gentium offenbar zurückgeblieben wäre", wogegen freilich der bei Gelegenheit des prätorischen Edicts behauptete „immer fühlbarer hervortretende Mangel passender Grundsätze des jus gentium" seltsam contrastirt.

In der Geschichte des Eigenthums erfahren wir auch hier, daß dasselbe „ursprünglich nur an beweglichen Sachen Statt fand, diese Beschränkung jedoch schon ziemlich früh hinwegfiel, ohne daß wir das Genauere davon wissen", bei den Obligationen, daß „vielleicht schon vorher (d. h. vor den Verbal- und Realcontracten), wenigstens sicher schon sehr früh", sich der Literalcontract gebildet hatte (an einer andern Stelle „verliert er sich in die ältesten Zeiten"), und daß es „weder möglich, noch sonst passend erschien, jedem der unbenannten Realcontracte und jeder daraus entspringenden Klage einen eigenen Namen zu geben."

In welche Verlegenheit würde der Verfasser gerathen, wenn er uns für diese Behauptungen, ich will nicht sagen, einen Beweis, sondern nur den allerdürftigsten Anhaltspunkt geben sollte! Und doch tritt hier die Construction nicht etwa auf im Gewande der Vermuthung, der Combination, sondern in dem der ausgemachten historischen Wahrheit.

In der That wer Angesichts solcher Proben den Stein aufheben will, um vorzugsweise mich damit zu werfen, möge zusehen, ob er damit nicht die meisten unserer heutigen Rechtshistoriker und sich selber mit trifft. Daß trotzdem so Mancher gern den Stein aufhebt, dafür ist die Erklärung in der Parabel vom Splitter im fremden und Balken im eignen Auge gegeben.

Gießen, 1. August 1858.

Digitized by Google

Inhalt des zweiten Theils.

Zweite Abtheilung.

III. Die juristische Technik des älteren Rechts.

A. Das Wesen der Technik im Allgemeinen.

I. Gegensatz der natürlichen und juristischen Auffassung.

§ 37. Thatsächlichkeit und Nothwendigkeit dieses Gegensatzes — Apologetik der Jurisprudenz — die angebliche Natürlichkeit der Laien-Auffassung — der gesunde Menschenverstand ohne die Erfahrung — der Werth und der Einfluß der Erfahrung — die Jurisprudenz ein Niederschlag des gesunden Menschenverstandes in Dingen des Rechts. S. 309—321.

II. Theorie der juristischen Technik.

I. Die Aufgabe der Technik und die Mittel zur Lösung im Allgemeinen.

§ 38. Die Verwirklichungsfrage im Recht — die Aufgabe und die Mittel zur Lösung, namentlich die Technik — die beiden technischen Interessen — die Praktikabilität des Rechts. S. 323—333.

II. Die drei Fundamental-Operationen der juristischen Technik.

1. Die juristische Analyse (das Rechtsalphabet).

§ 39. Der einfache Rechtskörper — localisirende und abstracte Rechtsproduction — historische Erscheinung des Abstracten im Concreten (die Durchbruchspunkte; analoge Ausdehnung) — die Buchstaben des Rechts — Vergleichung des Alphabets des Rechts mit dem der Sprache. S. 334—352.

Digitized by Google

2. Die logische Concentration.

§ 40. Die Möglichkeit einer Concentrirung des Stoffs — das logische Centrum und die Peripherie — innere Erweiterung des Princips in der historischen Form einer Ausnahme. S. 352—357.

3. Die juristische Construction.

§ 41. Die naturhistorische Anschauungsweise des Rechts — der juristische Körper — allgemeine Schilderung desselben — Gewinnung desselben durch die juristische Construction — die drei Gesetze derselben (positives, logisches, ästhetisches) — technischer Werth der naturhistorischen Methode. S. 357—389.

B. Die Technik des älteren Rechts.

Die Jurisprudenz.

§ 42. Die Pontifices — die Geheimhaltung des Rechts — das jus civile im engern Sinn — der pontificische Styl — das Ende der pontificischen Herrschaft. S. 390—420.

Haften des Rechts an der Äußerlichkeit.
(Sinnliches Element des älteren Rechts.)

I. Der Materialismus.

§ 43. Das sinnliche Element auf der innern Seite des Rechts — der materialistische Zuschnitt der Begriffe und Institute — das furtum, damnum injuria datum, der Irrthum, der Besitz, die Usucapion — wirthschaftliche und rechtliche Präponderanz der Sache; die Sache die Axe des älteren Verkehrs und der Ausgangspunkt des ganzen Vermögensrechts. S. 420—441.

II. Das Haften am Wort.

§ 44. Der Gedanke und das Wort — grammatische und logische Interpretation — Verhältniß der alten Jurisprudenz zu diesem Gegensatz — strenge Wortinterpretation der Rechtsgeschäfte — freiere der Gesetze — tendentiöses Element derselben. S. 441—470.

III. Der Formalismus.

1. Wesen und praktische Bedeutung desselben.

§ 45. Begriffe des formellen und formlosen Geschäfts — Kritik des Formalismus vom praktischen und ethischen Standpunkt — allgemeine und besondere Vortheile und Nachtheile der Form — wechselndes Verhältniß beider. S. 470—504.

Digitized by Google

§ 45a. Die historischen Gründe des Formalismus. Culturhistorische Bedeutung desselben — die Periode der Sinnlichkeit — der Formsinn — symbolische und repräsentative Handlungen — die residuären Formen. — Die Form als Trägerin des historischen Continuitätsbewußtseins — die conservative Kraft der Form. S. 504—518.

2. Der Formalismus des älteren Rechts.

§ 46. Extensive Erstreckung der Form — Übersicht der formellen Geschäfte — die Scheingeschäfte, Begriff, Arten und Behandlung derselben von Seiten der älteren Jurisprudenz — die mancipatio, in jure cessio, stipulatio. S. 518—560.

3. Analyse des römischen Formenwesens.

§ 47. Der Stoff: Zeichen, Handlungen, Worte. — Übersicht der symbolischen Zeichen und Handlungen des römischen Rechtslebens — die Hand insbesondere. S. 560—577.

§ 47a. Das Wort — die Formel und das Formular. — Die solennen Ausdrücke und Formeln. — Unabänderlichkeit derselben. — Nothwendigkeit des Sprechens. S. 577—599.

§ 47b. Die Composition der Formeln ein Zweig der juristischen Kunst. — Die Verbalformen — die juristische Syntax, logische Stellung der einzelnen Gedankenglieder (Grund, Bedingung, Beschränkung, Ausnahme) — das Gesetz der Correspondenz der Form — Correspondenz zwischen der Begründung, Aufhebung, Geltendmachung des Rechts. S. 599—631.

§ 47c. Allgemeine Charakteristik der Legisactionen. — Das Gesetz der Correspondenz der Form — Citirmethode — äußere Ausdehnung der legis actio. — Praktische Würdigung und historische Bedeutung der Legisactionen. S. 631—661.

§ 47d. Raum und Zeit als Element der Rechtsformen. S. 662—674.

Digitized by Google

Digitized by Google

III. Die juristische Technik des älteren Rechts.

A. Das Wesen der Technik im Allgemeinen.

I. Gegensatz der natürlichen und juristischen Auffassung.

Thatsächlichkeit und Nothwendigkeit dieses Gegensatzes — Apologetik der Jurisprudenz — die angebliche Natürlichkeit der Laien-Auffassung — der gesunde Menschenverstand ohne die Erfahrung — der Werth und der Einfluß der Erfahrung — die Jurisprudenz ein Niederschlag des gesunden Menschenverstandes in Dingen des Rechts.

Semina nobis scientiae natura dedit, scientiam non dedit. Seneca ep. 120 (lib. 20, 3 § 4).

XXXVII. In dem vorhergehenden Abschnitt von den Grundtrieben haben wir die höchsten Ziele des älteren Rechts, die Ideale des römischen Rechtsgefühls, zu ermitteln versucht; der gegenwärtige soll uns mit der eigenthümlichen Kunst bekannt machen, die dasselbe zum Zweck der Verwirklichung jener Gedanken in Anwendung gebracht hat. So eng demnach auch der gegenwärtige Abschnitt mit dem vorherigen zusammenhängt, so bezeichnet er dennoch den Übergang zu einer völlig neuen Seite des Rechts.

Diejenige, mit der wir uns bisher beschäftigten, läßt sich als die ethische Seite des Rechts, diejenige, der wir uns jetzt zuwenden, als die specifisch juristische bezeichnen. Dort handelte es sich um Ideen und Anforderungen, die objectiv in der sittlichen Bestimmung des Rechts und subjectiv in dem natürlichen Rechtsgefühl ihren letzten Grund haben, daher dem Laien nicht minder zugänglich und geläufig sind als dem Juristen. Ganz anders von jetzt an. Unsere Darstellung versetzt uns, so zu sagen, auf eine ganz andere Hemisphäre, auf der dem Laien Alles neu

Digitized by Google

und fremdartig, ja Vieles höchst verwunderlich erscheinen muß, in eine Welt, für die er kein Verständniß, gegen die er vielmehr umgekehrt manche Vorurtheile mitbringt. Wenn ich den Laien dennoch auffordere, mir auf dies Gebiet der eigentlichen Jurisprudenz zu folgen, so verhehle ich mir keineswegs das Gewagte und die großen Schwierigkeiten der Aufgabe; ich halte dieselben jedoch weder für unüberwindlich, noch fürchte ich, durch eine Berücksichtigung der Bedürfnisse des Laien das Interesse des juristischen Lesers in bedenklicher Weise auf die Probe zu stellen.

Der Punkt, an dem jeder Laie sich seines Laienthums bewußt werden muß, und auf dessen Erläuterung ich mithin mein Hauptaugenmerk richten werde, ist die juristische Methode. Dem Juristen sollte billigerweise nichts bekannter sein als sie, denn gerade sie ist es, die ihn zum Juristen macht. Und doch ist es nicht zu viel behauptet, daß ein eigentliches Bewußtsein über sie den meisten Juristen völlig fehlt, und daß unsere Wissenschaft alle anderen Gesetze besser kennt als die Gesetze ihrer selbst. Aus und in der Anwendung ist die juristische Methode ihnen sehr wohl bekannt, aber sie ist ihnen mehr Sache des Gefühls und der Übung als des Bewußtseins. Sollten sie angeben, worin das Wesen derselben liege, wie die Weise, in der der Jurist die Rechtsverhältnisse beurtheilt, sich von der des Laien unterscheide, was die Aufgaben, Mittel und Grundgesetze der juristischen Methode seien — die Antwort würde unendlich dürftig ausfallen und schwerlich über die recipirte Phrase eines „Rechnens mit Begriffen" hinauskommen. Auch die römischen Juristen, Virtuosen in der praktischen Handhabung der Methode, wie sie es waren, haben doch, so viel wir wissen, nicht den bescheidensten Ansatz zu einer Theorie derselben gemacht; keine Andeutung über den Zweck, die Aufgabe derselben, keinen Aufschluß, ja nicht einmal eine Äußerung über die obersten Grundsätze derselben — ein neuer Beleg für die alte Wahrheit, daß die richtige Ausübung und selbst die höchste Blüthe einer Kunst nicht bedingt ist durch eine wissenschaftliche Erkenntniß ihrer Gesetze und ihres Wesens.

Digitized by Google

Wenn ich nun, bevor ich zur römischen Technik übergehe, den Versuch unternehme, diesem Mangel, so weit es in meinen Kräften steht, abzuhelfen und zu dem Zwecke das Wesen und die Grundgesetze der juristischen Technik zum Gegenstande meiner Untersuchung mache, so bitte ich nicht außer Acht zu lassen, daß diese Ausführung nur den Zweck hat, das Verständniß der Technik des älteren römischen Rechts vorzubereiten, daß man also darin nichts suchen möge, was ich an dieser Stelle, ohne meinen Zweck aus dem Auge zu verlieren, nicht geben kann. An der gegenwärtigen Stelle würden Ausführungen über den Beruf der Jurisprudenz, die durch die Entwicklungsstufe des älteren römischen Rechts nicht geboten sind, verfrüht und ungehörig sein. Die spätere Entwicklung der römischen Jurisprudenz wird mir hinlängliche Gelegenheit geben, das Fehlende nachzuholen und dem Leser eine Anschauung von der gereiften, verfeinerten Technik einer ausgebildeten Jurisprudenz zu gewähren. Hier handelt es sich zunächst nur um den Elementarunterricht in der juristischen Kunst — denn die Kunst selbst beginnt historisch überall mit den Elementen.

Die Theorie der Technik, die ich im Folgenden aufstellen werde, ist zwar einer Betrachtung des römischen Rechts entnommen, allein sie macht nichts desto weniger auf allgemeine Wahrheit Anspruch. Wie den Erscheinungen, an denen uns der vorige Abschnitt vorüberführte, bei aller national-römischen Form, welche die Sache hier angenommen hatte, dennoch Motive von allgemeiner Wahrheit zu Grunde lagen, d. h. Aufgaben, an deren Lösung jedes Recht sich zu versuchen hat, so auch hier. Denn nicht bloß, daß die Aufgabe selber, um die es sich handelt, eine absolut nothwendige, ein mit den letzten Zwecken des Rechts selbst gesetztes Problem ist, sondern es muß auch die Art ihrer Lösung in Rom trotz aller römischen Form im Wesentlichen als die absolut richtige, als die der Natur der Sache selber abgelauschte bezeichnet werden. Mit derselben apodiktischen Gewißheit, mit der man behaupten kann, daß die Grundsätze der ma-

Digitized by Google

thematischen Methode für alle Zeiten unwandelbar dieselben bleiben werden, läßt sich ein Gleiches auch für die der juristischen Methode behaupten. Der Weg, den das ältere römische Recht eingeschlagen, ist der der Jurisprudenz schlechthin; er ist so wenig ein römischer wie derjenige, den Euklid und Archimedes in der Mathematik verfolgt haben, ein griechischer. Die Ansätze zur juristischen Methode finden sich in allen Rechten, selbst vor der Periode der wissenschaftlichen Jurisprudenz, und der Ruhm der Römer besteht nur darin, daß sie es nicht bei bloßen Ansätzen haben bewenden lassen, sondern die Aufgabe in dem Sinn und dem Geist, in dem sie dieselbe einmal erfaßt hatten, im vollsten Umfange gelöst haben. *Die juristische Methode ist nicht etwas von außen ins Recht Hineingetragenes, sondern die mit innerer Nothwendigkeit durch das Recht selbst geforderte einzige Art und Weise einer sicheren praktischen Beherrschung desselben.* Das Historische dabei ist nicht sie selbst, sondern das Geschick und Talent, mit dem sie von diesem oder jenem Volke gehandhabt wird.

Es ist eine bekannte sich überall wiederholende Erscheinung, daß das Recht, wenn es eine gewisse Bildungsstufe erreicht, sich der Kenntniß der Masse mehr und mehr entzieht und Gegenstand eines besonderen Studiums wird. Nicht gerade eines gelehrten, nicht gerade Sache des Schulunterrichts, sondern das Wesentliche ist, daß die nöthige Vertrautheit mit dem Recht, die früher einem Jeden mühelos zufiel, fortan eine besondere Aufmerksamkeit, Absicht, Anstrengung erfordert, und da nicht ein Jeder diese Arbeit daran setzen kann, daß sich rücksichtlich der Rechtskenntniß mehr und mehr ein Gegensatz ausbildet, den wir in seiner schließlichen Gestalt als Gegensatz des Juristen und Laien bezeichnen. Das historische Auftreten des Juristen bekundet die Thatsache, daß das Recht die Periode der Kindheit und der naiven Existenz zurückgelegt hat; der Jurist ist das Erzeugniß und

Digitized by Google

der Herold dieses unvermeidlichen Wendepunktes im Leben des Rechts. Aber nicht der Jurist ruft den Wendepunkt, sondern der Wendepunkt den Juristen hervor; — der Laie tritt nicht zurück, weil der Jurist ihn verdrängt, sondern der Jurist tritt auf, weil der Laie ihn nöthig hat. Man hat diesen Entwicklungsprozeß und die damit verbundene Entfremdung des Rechts vom Laienbewußtsein als eine beklagenswerthe Thatsache angesehen, und die Geschichte der Wissenschaft wie der Gesetzgebung berichtet von manchen Versuchen, die Kluft zwischen Juristen und Laien auszufüllen oder letzterem wenigstens eine bequeme Brücke in die Jurisprudenz zu schlagen. Ein eitles Bemühen, eine ohnmächtige Auflehnung gegen die Geschichte! Denn die Thatsache, die man ungeschehen machen möchte, ist nichts anderes als die Verwirklichung eines allgemeinen Culturgesetzes auf dem Gebiete des Rechts: des Gesetzes der Theilung der Arbeit, und so machtlos und widersinnig ein Widerstand gegen dies Gesetz anderwärts ist, ebenso hier.

Der Grund, der dem Laien bei einem ausgebildeten Recht die Kenntniß und Anwendung desselben unmöglich macht, liegt weniger in dem, worin der Laie geneigt sein wird ihn zu finden, in der *Massenhaftigkeit* des Stoffs, als vielmehr in der *Art* desselben und der dadurch hervorgerufenen eigenthümlichen Schwierigkeit seiner Beherrschung und Handhabung. Das Recht ist nicht eine bloße Masse von *Gesetzen* — sondern etwas wesentlich Anderes (S. Bd. 1. S. 35—43). *Gesetze* kann der Laie so gut auswendig lernen wie der Jurist, aber um das *Recht* zu verstehen und es anzuwenden, dazu reicht der bloße Mutterwitz allein nicht aus, dazu bedarf es vielmehr zweierlei, nämlich erstens eines nur durch vieljährige Anstrengung und Übung zu gewinnenden eigenthümlichen *Auffassungsvermögens*, einer besonderen Fertigkeit des abstracten Denkens: der juristischen *Intuition*, *Imagination*, und sodann zweitens der Geschicklichkeit im Operiren mit Rechtsbegriffen, der Fähigkeit des müheloſen begrifflichen Umsatzes zwischen Abstractem und Concretem, des Blicks, des Treffers in der Wahr-

Digitized by Google

nehmung des Rechtsbegriffs im Rechtsfall (juriſtiſche Diagnoſe), kurz der juriſtiſchen Kunſt. Beides zuſammen begreifen wir unter dem Ausdruck der juriſtiſchen Bildung. Sie iſt es, die den Juriſten vom Laien unterſcheidet, nicht die Maſſe der Kenntniſſe; ſie iſt es, die den Werth des Juriſten beſtimmt, nicht das Maß der Gelehrſamkeit. Darum kann Jemand bei mäßigem Wiſſen ein ausgezeichneter, und, wie das Beiſpiel gelehrter Theoretiker nur zu oft zeigt, bei großem Wiſſen ein recht ſchwacher Juriſt ſein. Keine im Übrigen noch ſo werthvolle Beſchäftigung mit dem Recht, wie es die rechtsphiloſophiſche und rechtshiſtoriſche in Wahrheit iſt, kann für ſie Erſatz gewähren, ja ſo hoch man ein Wiſſen der letzteren Art auch anſchlagen mag, als juriſtiſches läßt es ſich nicht bezeichnen.[472c])

Die juriſtiſche Bildung wird zwar erworben an einem einzelnen poſitiven Recht, allein ſie iſt darum nicht an letzteres gebunden, ſie ſteht und fällt nicht mit ihm. Wäre dies der Fall, ſo müßte der Juriſt zittern bei dem Gedanken, daß das bisherige Recht und damit ſein eigener Werth als Juriſt aufgehoben würde. Aber in dem einzelnen Recht lernt er nicht bloß dieſes, ſondern zugleich das Recht, ſo wie Jemand, der eine Sprache wiſſen-

---

472c) Hegel Rechtsphil. § 215 meint: „Der Juriſtenſtand, der die beſondere Kenntniß der Geſetze hat, hält dies oft für ſein Monopol, und wer nicht vom Metier iſt, ſoll nicht mitſprechen. Aber ſo wenig Jemand Schuhmacher zu ſein braucht, um zu wiſſen, ob ihm die Schuhe paſſen, ebenſo wenig braucht er überhaupt zum Handwerk zu gehören, um über Gegenſtände, die von allgemeinem Intereſſe ſind, Kenntniß zu haben." Ein Urtheil darüber, ob die Schuhe paſſen, wird Niemand dem, der ſie tragen ſoll, abſprechen; aber ein ganz anderes Ding iſt es, ob der Schuſter ſich von ihm ſagen laſſen ſoll, wie er ſie zu machen hat. Von Hegel, Stahl, Trendelenburg habe ich in einer gewiſſen Richtung mehr gelernt, als aus einer großen Menge rein juriſtiſcher Schriften, aber die Technik des Rechts muß der Philoſoph vom Fach, wenn er nicht in wichtigen Dingen völlig daneben greifen will, von dem Juriſten vom Fach lernen, oder richtiger geſagt ſein Urtheil dem des Juriſten unterordnen, denn ein wirkliches Urtheil iſt hier nur auf dem Wege der Anwendung und Erfahrung zu gewinnen.

Digitized by Google

schaftlich studirt, zugleich von dem Wesen, den Gesetzen u. s. w. der Sprache überhaupt eine Anschauung bekommt. Neben seinem rein positiven Wissen, der Kenntniß dieses Rechts, besitzt er noch ein höheres, allgemeineres, ein Wissen, das nicht an die Scholle gebunden ist, ein Gut, das ihm keine Rechts- und Orts-Veränderung entziehen oder entwerthen kann, und gerade dieser Besitz ist die eigentliche Blüthe, die edelste Frucht eines dem Recht gewidmeten Lebens. Die juristische Bildung ragt über das Landesrecht weit hinaus, in ihr begegnen sich wie auf einem neutralen, internationalen Boden die Juristen aller Zonen und Zungen. Die Gegenstände ihrer Kenntnisse, die Einrichtungen und Rechte der einzelnen Länder sind verschieden, aber die Art, sie zu betrachten und aufzufassen, ist dieselbe — die wahren Juristen aller Orte und Zeiten reden dieselbe Sprache. Die Juristen verstehen sich unter einander, aber der Jurist und Laie, auch wenn sie über ihr einheimisches Recht mit einander reden, sind unter Umständen kaum in der Lage, sich zu verständigen. Die Kluft zwischen dem gebildetsten Laien und einem Juristen der Gegenwart ist ungleich größer, als sie es zwischen einem Juristen des alten Rom und einem englischen, der nie etwas vom römischen Recht gehört hat, gewesen wäre. Die englische Jurisprudenz athmet bei all' ihrer Unbekanntschaft mit der römischen fast denselben Geist wie die altrömische. Dieselbe Handhabung der Form, dieselbe Pedanterie, dieselben Umwege und Scheingeschäfte; selbst die Fictionen fehlen nicht. Für diese allerdings etwas schwerfällige und baroke Art der juristischen Technik (man könnte sie als den juristischen Rococostyl bezeichnen) fehlt dem Laien das Verständniß in dem Maße, daß sie ihm nur Verwunderung, wohl gar ein Lächeln abnöthigen wird; der Jurist wird sie sofort verstehen. Aber auch ganz abgesehen von diesen, einer niederen Entwicklungsstufe angehörigen Formen der juristischen Technik, wird das juristische Denken als solches dem Laien stets etwas Fremdes, Unverständliches bleiben. Daß der Jurist da, wo der Laie nur einen Akt bemerkt, deren zwei

Digitized by Google

annimmt,[473]) oder da, wo Jener überhaupt keinen Akt sieht, einen oder gar mehrere statuirt[474]) und umgekehrt da, wo ein äußerer Akt in der That vorliegt, denselben nicht annimmt, oder ihn in ganz anderer Weise auffaßt, als er äußerlich sich darstellt;[475]) daß er Geschäfte, die äußerlich sich durchaus gleich sehen, ganz verschieden behandelt,[476]) alles dieses wird dem Laien unnatürlich erscheinen. Und dennoch handelt es sich in allen diesen Fällen nicht etwa um eine eigenthümliche Auffassungsweise der römischen Juristen, sondern um Gesichtspunkte und Entscheidungen von einer solchen zwingenden juristisch-logischen Nothwendigkeit, daß jede andere Jurisprudenz zu ihnen ebenfalls hätte gelangen müssen.

Die juristische Auffassung also und die des Laien stehen in einem entschiedenen Gegensatz. Aus dieser Differenz, die eine überall wiederkehrende historische Thatsache ist, hat man der Jurisprudenz einen Vorwurf gemacht, man hat ihre Entfernung

---

473) So z. B. in dem Fall, wenn der Schuldner im Auftrage des Gläubigers an eine dritte Person zahlt, erstens eine (in der Person des Dritten bewerkstelligte) Zahlung des Schuldners an den Gläubiger und zweitens das zwischen dem Gläubiger und dem Dritten intendirte und durch diesen Zahlungsakt zur Ausführung gelangte Rechtsgeschäft (sei es gleichfalls eine solutio, oder eine Schenkung, oder ein Darlehn, oder ein anderes Geschäft); L. 44 de solut. (46. 3): In numerationibus aliquando evenit, ut una numeratione duae obligationes tollantur uno momento. Auf solche Fälle bezieht sich die Bemerkung des Juristen in L. 3 § 12 de don. i. v. et u. (24. 1); celeritate conjungendarum inter se actionum unam actionem occultari.

474) So z. B. wenn der Pächter die Sache vom Verpächter kauft, eine Tradition von jenem an diesen und von diesem zurück an jenen (traditio brevi manu); der entgegengesetzte Hergang findet beim constitutum possessorium Statt.

475) So z. B. die Ratihabition eines früheren ungültigen Geschäfts als Abschluß eines neuen; L. 1 § 2 pro donato (41. 6) quasi nunc donasse intelligatur.

476) So z. B. die Aneignung einer vom Eigenthümer preisgegebenen Sache bald als Occupation einer derelinquirten, bald als Erwerb einer tradirten Sache, oder die gewaltsame Aneignung einer Sache bald als erzwungene Tradition, bald als Raub.

Digitized by Google

von der „natürlichen" Betrachtungsweise als etwas Unnatürliches betrachtet, sie der Künstlichkeit, Spitzfindigkeit u. s. w. beschuldigt und eine Umkehr zu gesunderen Zuständen begehrt. Im Munde des großen Haufens sind solche Ansichten ganz verzeihlich, und vernähme man sie bloß hier, so würde ich gar nicht darauf antworten. Allein da sie auch bei gebildeten Laien nichts weniger als selten sind,[477]) und da es sogar an Juristen nicht gefehlt hat und schwerlich je fehlen wird, die, aus welchen Gründen es immerhin sei, sich in dieser Hinsicht zum großen Haufen geschlagen haben, so möge man es nicht für überflüssig halten, wenn ich einem Abschnitte, der wie kein anderer von den Leistungen und Verdiensten der Jurisprudenz Zeugniß abzulegen gedenkt, eine kurze Apologetik der Jurisprudenz vorausschicke, um bei denjenigen meiner Leser, bei denen dies noch nöthig sein sollte, dasjenige Gefühl hervorzurufen, ohne welches man wie an keine Wissenschaft, so auch nicht an die Jurisprudenz, herantreten sollte —— dasjenige der Achtung vor der in ihr fixirten geistigen Kraft, womit von selbst auch das der Bescheidenheit und des Mißtrauens in das eigene Urtheil gegeben ist.

In der Anklageschrift gegen die Jurisprudenz pflegen zwei Stichwörter: natürliche Anschauung und gesunder Menschenverstand eine große Rolle zu spielen, und man glaubt die Jurisprudenz nicht empfindlicher treffen zu können, als wenn man sie einer unnatürlichen Auffassung und des Widerspruchs mit dem gesunden Menschenverstand zeiht. Es stände schlimm um die Jurisprudenz und das Recht, wenn es anders wäre! Es würde soviel heißen, als daß eine durch Jahrtausende fortgesetzte Beschäftigung mit dem Recht vor der angeborenen Unkenntniß und Unerfahrenheit keinen Vorsprung gewonnen hätte. Die natürliche Auffassung! Was ist sie denn anders als der erst

477) In Rom wie bei uns; für Rom verweise ich auf Cicero, dessen abfällige Urtheile über die Jurisprudenz im Verlaufe der Darstellung mitgetheilt werden, und auf Quintilian, der ihm einfach nachspricht (Inst. Orat. XII 3, § 9, 11), für die heutige Zeit auf Note 472c.

Digitized by Google

Versuch des Sehens und folglich die völlige Abhängigkeit eines blöden ungeübten Auges vom äußeren Schein? Jede Erkenntniß beginnt mit ihr, aber nur, um bald inne zu werden, daß der äußere Schein trügt. Der Fortschritt in der Erkenntniß besteht gerade in dem unausgesetzten Sichlosreißen von dem Glauben an die Wahrheit der sinnlichen Erscheinung. Gilt für alle übrigen Gebiete des menschlichen Wissens der Satz, daß anhaltende Beschäftigung mit einem Gegenstande und fortgesetzte Beobachtung und Erforschung desselben nothwendigerweise zu anderen Ansichten führen als eine oberflächliche Beobachtung desselben — zu Resultaten, die der letzteren nicht selten völlig widersinnig erscheinen — wie sollte der Satz nicht auch für das Recht gelten? In den meisten anderen Wissenschaften würde kein gebildeter Laie im Fall einer solchen Differenz es wagen, sich die Wahrheit und der Wissenschaft den Irrthum zuzutheilen; in Dingen des Rechts kommt dies täglich vor! Erfahrung und Wissen werden als Verkehrtheit und Befangenheit gestempelt, die völlige Unbekanntschaft mit der Sache als Vorurtheilslosigkeit! Wer denn einmal auf die Wahrheit der „natürlichen" Ansicht in Dingen des Rechts pocht, möge es auch bei den Erscheinungen der Natur thun, möge behaupten, daß die Erde still steht, und die Sonne auf- und untergeht, daß es eine Thorheit sei zu glauben, daß die Luft ein Gewicht habe, da man es ja sonst fühlen müsse. Die Sonne und die Erde und die Luft liegen der natürlichen Anschauung näher als das Recht, aber während bei ihnen nur ein völlig Ungebildeter seinem Auge und Gefühl mehr traut als dem Urtheil der Wissenschaft, macht sich beim Recht auch der Gebildete täglich dieser Selbstüberhebung schuldig.

Man wende mir nicht ein, daß doch das Recht im Rechtsgefühl seinen Ursprung und Sitz habe. Gewiß! das Rechtsgefühl ist das Samenkorn, dem das Recht entsprossen ist, aber das Samenkorn enthält nur den Keim des Baumes, nicht den Baum selbst — semina nobis scientiae natura dedit, scientiam non dedit, wie Seneca in dem obigen Motto sagt — es wächst und

Digitized by Google

gedeiht nur dadurch, daß es die Samenkapsel sprengt, sich aus der Sphäre des bloßen Rechtsgefühls in die des Wissens erhebt. So wie der Baum nicht wieder zum Samenkorn werden kann, so vermag auch keine Macht der Erde ein einmal entwickeltes Recht auf die primitive Form des Rechtsgefühls zurückzuführen und es damit dem Laien zurückzugeben.

Die Autorität des „gesunden Menschenverstandes" erkenne ich für die Jurisprudenz als eine ganz entscheidende an, ja ich möchte letztere geradezu definiren als: Niederschlag des gesunden Menschenverstandes in Dingen des Rechts. Aber sie ist eben ein Niederschlag d. h. eine Ablagerung des gesunden Menschenverstandes unzähliger Individuen, ein Schatz von Erfahrungssätzen, von denen jeder tausendfältig die Kritik des denkenden Geistes und des praktischen Lebens hat bestehen müssen. Wer sich dieses Schatzes zu bemächtigen weiß, der operirt nicht mehr mit seinem eigenen schwachen Verstande, der stützt sich nicht bloß auf seine eigene unbedeutende Erfahrung, sondern der arbeitet mit der Denkkraft vergangener Geschlechter und der Erfahrung verflossener Jahrhunderte und Jahrtausende. Durch diese künstliche Ergänzung der eigenen Kräfte und Mittel ist es möglich, daß auch der Schwache im Dienste der Gesellschaft eine nützliche Verwendung finde; was das Genie entdeckt und geschaffen, wird durch den Fleiß Eigenthum des Mittelmäßigen. Ich kenne kein Gebiet des menschlichen Wissens und Könnens, auf dem nicht der Schwächste, der mit der Intelligenz und der Erfahrung von Jahrhunderten operirt, dem Genie, das dieser Beihülfe entbehrt, überlegen wäre. Welch ein leichtes Ding ist es, das Feld zu bestellen und ein Handwerk zu betreiben, gegenüber der Aufgabe, die schwierigsten Rechtsfragen zu lösen! Wenn aber Jemand zum Betriebe jener beiden Geschäfte nichts weiter mitbrächte als den gesunden Menschenverstand, er würde es mit dem schlechtesten Sachverständigen nicht aufnehmen können, und wollte er gar die Erfahrungssätze mit seinem subjectiven, „gesunder Menschenverstand" titulirten Meinen umstoßen und den Kundigen meistern

Digitized by Google

und belehren, es würde ihn der dümmste Bauer und Handwerker verlachen und mit vollem Recht. Und dem Juristen sollte nicht das gleiche Recht zustehen, wenn ein Laie sich gegen ihn dasselbe erdreistet? Für Juristen, die den Wahn von der Möglichkeit eines populären, jedem Bürger und Bauer zugänglichen, den Juristen entbehrlich machenden Rechts zu theilen und gar zu fördern im Stande sind, wüßte ich keine bessere Kur, als sich einmal als Schuster und Schneider zu versuchen, um an Stiefeln und Kleidern inne zu werden, was sie an der Jurisprudenz nicht gelernt haben: nämlich, daß die einfachste Kunst ihre Technik hat, eine Technik, die zwar nichts ist als der angesammelte und objectivirte Niederschlag des gesunden Menschenverstandes, die aber gleichwohl nur von demjenigen verstanden und angewandt werden kann, der sich die Mühe nimmt, sie zu erlernen.

In diesem einfachen Satz ist die Gegensätzlichkeit der Jurisprudenz und des Laienthums und damit die Rechtfertigung der Jurisprudenz enthalten. Eine ungleich interessantere und fruchtbarere, aber auch um eben so viel schwierigere Weise der Vertheidigung der Jurisprudenz würde darin bestehen, daß man jene von uns behauptete Übereinstimmung derselben mit dem gesunden Menschenverstande im Einzelnen nachwiese. Allein an einer solchen Selbstkritik und Apologetik der Jurisprudenz fehlt es uns zur Zeit noch gänzlich. Zufrieden mit dem festen Besitz dessen, was sich durch die Erfahrung als brauchbar bewährt hat, und sich beruhigend bei der Probe, die ihre Lehrsätze täglich bestehen, hat die Jurisprudenz sich dieser schwierigen Aufgabe bisher völlig entschlagen, und man kann sie in dieser Beziehung von dem Vorwurf einer gewissen Indolenz und eines sich beim Hergebrachten beruhigenden glaubensseligen Quietismus nicht frei sprechen. Nur so ward es möglich, daß einzelne ihrer Jünger an ihr selber irre wurden und mit dem großen Haufen den Stein auf sie warfen. Die folgenden Paragraphen werden uns die Gelegenheit verschaffen, die obige Auffassung der Jurisprudenz an einem der wichtigsten Punkte zu erproben und damit letztere zu rechtfertigen.

Digitized by Google

Bei meiner Behauptung darf man aber ein Doppeltes nicht außer Acht lassen. Erstens: daß dieselbe sich nur auf die Jurisprudenz bezieht, also nur auf das, was sie eingeführt und aufgebracht, nicht aber auf das, was eine äußere Autorität ihr an positivem Stoff aufgedrungen hat, und wofür sie die Verantwortlichkeit von sich ablehnen darf, noch weniger aber auf individuelle Ansichten einzelner Juristen, deren Übereinstimmung mit der gesunden Vernunft freilich mitunter mehr als zweifelhaft, vielleicht auch von ihren Urhebern gar nicht einmal beansprucht worden ist! Die gesunde Kritik des praktischen Lebens richtet die ungesunden Ansichten einfach dadurch, daß sie dieselben ignorirt.

Zweitens: die Zweckmäßigkeit oder Nothwendigkeit des Einzelnen liegt, wie überall, so auch hier nicht bloß in ihm selbst, sondern in dem Zusammenhange desselben mit dem Ganzen, kann mithin auch nur aus letzterem begriffen werden. Gerade dadurch entsteht so leicht der Schein der Unvernünftigkeit oder Zweckwidrigkeit des Einzelnen, daß der Urtheilende jenen Zusammenhang nicht kennt und daher in aller Unbefangenheit von der Annahme ausgeht, als verstatteten die einzelnen Punkte eine isolirte Beurtheilung. Wäre diese Annahme eine richtige, so würde die Entscheidung, welche die Jurisprudenz getroffen, nicht so häufig von derjenigen, welche der Laie für die sachgemäße hält, divergiren. Aber eben weil sie es nicht ist, weil beide auf ganz verschiedenen Standpunkten stehen, kann nicht bloß, sondern muß so häufig eine solche Divergenz eintreten. Darum ist es oft kaum möglich, einem Laien die Vernünftigkeit eines einzelnen Satzes begreiflich zu machen, denn ihm fehlt gerade das, woran man anknüpfen müßte: die Kenntniß der Mittelglieder zwischen dem angefochtenen Satz und seinem letzten Grunde, die Anschauung des Ganzen und damit die Einsicht in die zwingende Logik des Zusammenhanges.

Digitized by Google

II. Theorie der juriſtiſchen Technik.

1. Die Aufgabe der Technik und die Mittel zu ihrer Löſung im Allgemeinen.

Die Verwirklichungsfrage im Recht — die Aufgabe und die Mittel zur Löſung, namentlich die Technik — die beiden techniſchen Intereſſen — die Praktikabilität des Rechts.

XXXVIII. Das Recht iſt dazu da, daß es ſich verwirkliche. Die Verwirklichung iſt das Leben und die Wahrheit des Rechts, iſt das Recht ſelbſt. Was nicht in Wirklichkeit übergeht, was bloß in den Geſetzen, auf dem Papiere ſteht, iſt ein bloßes Scheinrecht, leere Worte, und umgekehrt was ſich verwirklicht als Recht, iſt Recht, auch wenn es in den Geſetzen nicht zu finden, und das Volk und die Wiſſenſchaft ſich deſſen noch nicht bewußt geworden ſind (Bd. 1. S. 29 flg.).

Nicht alſo der abſtracte Inhalt der Geſetze entſcheidet über den Werth eines Rechts, nicht die Gerechtigkeit auf dem Papiere und die Sittlichkeit in den Worten, ſondern die Objectivirung des Rechts im Leben, die Thatkraft, mit der das, was als nothwendig erkannt und ausgeſprochen iſt, ausgeführt und durchgeſetzt wird.

Es kommt nun aber nicht bloß darauf an, daß das Recht ſich verwirkliche, ſondern auch darauf, wie es geſchieht. Was nützt die Sicherheit und Unausbleiblichkeit der Verwirklichung, wenn letztere ſo ſchwerfällig und langſam von Statten geht, daß der Rechtſuchende erſt zu ſeinem Recht gelangt, wenn er im Grabe liegt?

Können wir dies „Wie" ſchlechthin beſtimmen? Ich glaube, allerdings. Bei der Frage von der Verwirklichung des Rechts handelt es ſich nicht um etwas Materielles, ſondern um etwas rein Formelles. Wie verſchieden auch der materielle Inhalt der einzelnen Rechte ſein möge, die Verwirklichung derſelben kann und ſoll überall eine gleiche ſein, es giebt in dieſer Beziehung ein

Digitized by Google

absolutes Ideal, dem jedes Recht nachzustreben hat. Ich führe dasselbe auf eine doppelte Anforderung zurück: die Verwirklichung soll sein einerseits eine unausbleibliche, mithin gleichmäßige und sichere, andererseits eine leichte und rasche.

Fragen wir, wie die Wirklichkeit dieser Anforderung entspricht, so finden wir zwischen den positiven Rechten eine große Verschiedenheit. Hier ein einfaches, rohes, materiell höchst unvollkommenes Recht, aber eine rasche, sichere Art seiner Verwirklichung: eine knappe, strenge Form des Prozesses; dort ein völlig ausgewachsenes, bis ins Kleinste durchgebildetes Recht, die reife Frucht des Alters, aber Prozesse, die nicht enden wollen — ein Reichthum, der zur Last, eine Gründlichkeit, die zum Fluche wird. Man könnte geneigt sein, diesen Gegensatz an die Altersstufen der Rechte anzuknüpfen, in jener Leichtigkeit und Schnelligkeit nur eine natürliche Folge der Einfachheit, in dieser Schwerfälligkeit eine natürliche Folge der Weitschichtigkeit und Complicirtheit der Rechtsverhältnisse zu erblicken. Allein dies wäre verkehrt. Nicht als ob ich den nachtheiligen Einfluß des extensiven und intensiven Wachsthums der Rechte auf die Leichtigkeit und Schnelligkeit der Operation der Rechtsanwendung in Abrede stellen wollte; je schwerer die Last, desto mühsamer, sie zu heben und zu bewältigen, das gilt von körperlichen wie von geistigen Dingen. Allein andererseits ist es doch möglich, den nachtheiligen Einfluß dieses natürlichen Moments des Wachsthums durch die Kunst zu verringern und auszuschließen, und das eben ist die Aufgabe derjenigen Kunst, die wir hier zu betrachten haben: der juristischen. Diese Kunst hält aber mit der materiellen wissenschaftlichen Durchbildung des Rechtes keineswegs immer gleichen Schritt. Erfolgt letztere vorzugsweise durch die Theorie im heutigen Sinn, d. h. einen gelehrten Juristenstand, der nur schreibt und lehrt, das Recht nur darstellt, ohne es anzuwenden, so vergißt die Wissenschaft nur zu leicht, daß sie auch Kunst sein soll, d. h. daß es mit den Begriffen und Rechtssätzen, die sie auf dem Wege der wissenschaftlichen Operation mittelst Interpre-

Digitized by Google

tation, Construction, logischer Consequenz, Abstraction gewinnt, allein noch nicht gethan ist, sondern daß dieselben, um im Leben Anwendung finden zu können, auch den Bedingungen desselben entsprechen müssen, und es tauchen dann Ansichten und Theorien auf, die ihr Dasein nur an der Stelle fristen können, an der sie es erhalten haben: auf dem Katheder, bei dem Versuch, sich ins Leben zu wagen, aber sofort documentiren, daß sie die rauhe Luft der Wirklichkeit nicht vertragen — höchst scharfsinnig, höchst gelehrt, aber auch höchst verkehrt — Treibhausproducte ohne Saft und Kraft, Bastarde der Logik und Gelehrsamkeit mit dem Recht, ungesunde Katheberjurisprudenz.

Indem wir uns im Folgenden der juristischen Kunst zuwenden, wollen wir uns zunächst der Gründe bewußt werden, die über die Verwirklichungsfrage beim Recht (nicht bloß über die Raschheit und Leichtigkeit der Anwendung, sondern über die Lösung der Aufgabe überhaupt) entscheiden. Welche Gründe, Einflüsse, Voraussetzungen u. s. w. sind für dieselbe maßgebend? Dieselben liegen theils in, theils außer dem Recht. Zur letzteren Classe gehört die intellektuelle und sittliche Culturstufe des Volks, die Entwicklung der Staatsidee und der Staatsgewalt, die sociale Gliederung des Volks, das Machtverhältniß der einzelnen Classen, vor allem aber die moralische Kraft, deren sich der Gedanke des Rechts bei diesem Volke erfreut: ob die Gerechtigkeit dem Volk als etwas Hohes und Heiliges erscheint oder als ein Gut, wie jedes andere. Von der Energie des Gerechtigkeitsgefühls im Volk hängt im Wesentlichen die Unpartheilichkeit, Integrität u. s. w. des Richterstandes ab. Bei einem Volk, dem die Gerechtigkeit als etwas Heiliges gilt, wird auch der Richterstand unbestechlich und pflichtgetreu sein — wie das Volk, so die Richter. Zu der ersten Classe von Gründen, die in dem Recht selbst liegen, gehören theils die Organisation der Behörden (die Gerichtsverfassung) sowie die Form des Verfahrens (der Prozeß), theils die Beschaffenheit des materiellen Rechts. Mit dem letzteren Punkte haben wir dasjenige Gebiet des Rechts namhaft gemacht, auf dem die

Digitized by Google

juristische Technik vorzugsweise berufen ist, ihren Einfluß zu bekunden.

Daß der materielle Inhalt des Rechts vom größten Einfluß auf dessen Verwirklichung ist, bedarf auch für den Laien keiner Bemerkung. Unmögliche Bestimmungen scheitern an ihrer eigenen Unausführbarkeit, und Gesetze, welche mit dem Geist der Zeit in Widerspruch stehen, mögen sie hinter der Zeit zurück oder ihr voraus sein, können des hartnäckigsten Widerstandes sicher sein. Von dieser materiellen Angemessenheit wird im Folgenden nicht gehandelt werden; — der Jurist hat über sie keine Macht, die Frage gehört nicht zur Technik des Rechts. Die Angemessenheit des Rechts, welche letztere herzustellen die Aufgabe hat, und mit der wir uns im Folgenden allein beschäftigen, ist rein formaler Art. Sie liegt beschlossen in der Frage: wie soll das Recht, ganz abgesehen von seinem Inhalt, eingerichtet und gestaltet sein, damit es durch die Art seines Mechanismus die Anwendung der Rechtssätze auf den concreten Fall möglichst vereinfache, erleichtere, sichere?

Der sogenannte gesunde Menschenverstand wird keine andere Antwort darauf haben als: klare, bestimmte und detaillirte Abfassung der Gesetze; die Antwort, welche die Jurisprudenz, d. h. die Erfahrung in Dingen des Rechts darauf ertheilt, lautet anders. Daß jene Eigenschaften, so wenig ich sie im übrigen gering schätzen will, nicht ausreichen, läßt sich leicht erweisen. Was nützen die genauesten und ausführlichsten Gesetze, wenn der Richter, wie dies z. B. in der späteren Kaiserzeit in Rom und heutzutage in England der Fall, sie mit dem besten Willen kaum zu bewältigen vermag? Was fruchten die schärfsten Begriffsbestimmungen und Unterscheidungen, wenn die Anwendung auf den einzelnen Fall mit den größten Schwierigkeiten zu kämpfen hat, weil es dem Gesetze, um einen früheren Ausdruck zu gebrauchen (Bd. 1. S. 51), an der formalen Realisirbarkeit gebricht?

Die Frage, um die es sich hier handelt, ist eine reine Frage der Zweckmäßigkeit, und die ganze Theorie der Technik ist nichts

Digitized by Google

als die erkannte und befolgte Zweckmäßigkeit in Bezug auf die Lösung der obigen Aufgabe. Aber so leicht es ist, sich hiervon zu überzeugen, nachdem die Lösung gefunden, so täusche man sich doch nicht über die Schwierigkeiten der Aufgabe. Wir haben es hier mit einem Problem zu thun, für dessen Bewältigung es der unausgesetzten Arbeit von vielen Jahrhunderten bedurfte, einer Arbeit, die weit über die Zeiten der eigentlichen Wissenschaft im Recht zurückragt in die Vergangenheit. *Die Technik des Rechts ist nicht erst mit der Jurisprudenz in die Welt gekommen.* Längst vor aller Wissenschaft hat sich bereits der juristische Instinkt in dunkler Ahnung des Richtigen an der Aufgabe versucht; mit welchem Erfolg, davon legt das ältere römische Recht beredtes Zeugniß ab. Die *Kunst* ist auch auf dem Gebiete des Rechts früher als die *Wissenschaft*, denn die Kunst verträgt sich mit dem Ahnen, dem bloßen Gefühl oder Instinkt, während die Wissenschaft erst mit dem Erkennen beginnt.

Die technische Unvollkommenheit des Rechts ist keine bloß partielle Unvollkommenheit, keine Vernachlässigung einer einzelnen *Seite* des Rechts. *Technische Unvollkommenheit ist Unvollkommenheit des ganzen Rechts*, ein Mangel, der das Recht in allen seinen Zwecken und Zielen hemmt und beeinträchtigt. Was hilft das Wollen und Setzen der höchsten ethischen Anforderungen, was die vollendetste Erfassung der Idee der Freiheit, Gerechtigkeit u. s. w. in Form gesetzlicher Bestimmungen, wenn die Verwirklichung dieser Ideen am concreten Rechtsverhältniß aus dem Grunde mangelhaft, schwerfällig, ungleichmäßig ausfällt, weil es der Technik an der manuellen Geschicklichkeit fehlt, das Abstracte, so wie es sich gehört, in Wirklichkeit umzusetzen? Darum hat die Technik mittelbar eine hohe ethische Bedeutung, und die praktische Jurisprudenz, indem sie bei der technischen Gestaltung des Stoffs auch das Kleinste mit äußerster Sorgfalt behandelt, darf sich rühmen, durch Vervollkommnung der Technik des Rechts für das Höchste und Größte thätig zu werden; ihre unscheinbare Arbeit in den Niederungen des Rechts

Digitized by Google

fördert letzteres in Wirklichkeit oft mehr als die tiefsinnigste Gedankenarbeit.

Die bisherigen Bemerkungen über die Technik habe ich geglaubt vorausschicken zu dürfen, bevor wir uns über den Ausdruck selber verständigt haben. Ich gebrauche letzteren in einem doppelten Sinn, in einem subjectiven und objectiven. In jenem verstehe ich darunter die juristische Kunst, deren Aufgabe die formale Vollendung des gegebenen Rechtsstoffs in dem oben angegebenen Sinn ist, kurz die technische Methode; in diesem die Verwirklichung dieser Aufgabe am Recht selbst, also den entsprechenden technischen Mechanismus des Rechts. Ähnlich gebraucht ja die Sprache auch den Ausdruck Mechanik von der Kunst und von dem durch die Kunst bewerkstelligten Mechanismus.

Ein Nachtheil ist von dieser zwiefachen Bedeutung des Ausdrucks nicht zu befürchten, die Einsicht des Lesers wird es mir ersparen durch einen eigenen Zusatz anzugeben, welche von beiden Bedeutungen jedesmal gemeint ist.

Die gesammte Thätigkeit der juristischen Technik läßt sich auf zwei Hauptzwecke zurückführen. Wer das Recht mit Sicherheit anwenden will, muß dasselbe zunächst sich aneignen, es geistig beherrschen. Diese Aneignung kann ihm durch die Beschaffenheit des Rechts sehr erleichtert und sehr erschwert werden. Die Erleichterung dieser Arbeit mittelst der möglichsten quantitativen und qualitativen Vereinfachung des Rechts ist die eine der beiden Hauptaufgaben der Technik; mit welchem Erfolg und mit welchen Mitteln sie dieselbe zu lösen vermag, wird die folgende Darstellung zeigen. Die zweite Aufgabe derselben ist gegeben durch den Zweck der Anwendung des Rechts auf den concreten Fall. Die Fertigkeit der Anwendung ist allerdings vorzugsweise Sache des Subjects, sie ist eine Kunst, die nur durch Übung zu erlernen ist, allein auch in Bezug auf sie kann das Recht selber durch eine entsprechende Gestaltung der Rechtssätze die Aufgabe außerordentlich erleichtern sowie durch eine verkehrte sehr erschweren. Die Bestimmung Justinians z. B. über das

Digitized by Google

Erbrecht der „armen" Wittwe oder über die „den Reichen" erlaubten Einsätze beim Spiel ist das Muster eines Gesetzes, wie es *nicht* sein soll — denn beide Begriffe sind völlig unbestimmt, und es ist unvermeidlich, daß der eine Richter dieselben so, der andere sie anders anwendet. Dagegen ist die Anwendung aller Gesetze, welche eine bestimmte *Zahl* enthalten (z. B. über die Altersstufen, Verjährung, große Schenkung, großen Diebstahl) höchst leicht. Die Aufgabe der Gesetzgebung sowohl wie der Jurisprudenz besteht nun darin, Begriffe, welche sich der sichern Anwendung entziehen, in eine solche Gestalt zu bringen, welche dieselbe ermöglicht, den Begriff aus der Sprache des Rechtsphilosophen, wenn ich so sagen darf, in die des Gesetzgebers und Richters zu übersetzen. Der rechtsphilosophische Gedanke der Mündigkeit ist Reife der Verstandesentwicklung, der Volljährigkeit Reife des Charakters, aber für die praktische Anwendung ist dieser Gedanke ungeeignet, an seine Stelle tritt die *Zahl* — was an Wahrheit oder Correctheit des Gedankens verloren geht, wird an praktischer Anwendbarkeit desselben gewonnen. Vortrefflich ist diese Differenz der abstract philosophischen und der praktisch juristischen Fassung eines und desselben Gedankens erkannt von Cicero de off. III 17: Aliter leges, aliter philosophi tollunt astutias; leges, quatenus manu tenere possunt, philosophi, quatenus ratione et intelligentia. Die Rücksicht auf die letztere Eigenschaft: die formale Realisirbarkeit des Rechtssatzes, wie ich sie früher (Bd. 1 S. 51) genannt habe, oder besser der *Gesichtspunkt der Praktikabilität* des Rechts ist die zweite Hauptaufgabe der Technik. In welchem Maße sie auf die Gestaltung der Rechtssätze zurückwirkt, wird schon aus den wenigen angegebenen Beispielen erhellen; einer weiteren Ausführung dürfen wir uns hier überheben, da wir den Punkt schon an der obigen Stelle behandelt haben.

So verbleibt uns denn für die folgende Betrachtung nur das erste der beiden genannten technischen Probleme: die quantitative und qualitative Vereinfachung des Rechts.

Digitized by Google

Die Erkenntniß und subjective Aneignung des Rechts ist theils Sache des Verstandes, theils Sache des Gedächtnisses, und je nach Beschaffenheit der Rechte ist das Maß des erforderlichen Aufwandes der einen oder anderen Geisteskraft ein verschiedenes. Es gibt Rechte, die mehr den Verstand als das Gedächtniß, andere, die mehr das Gedächtniß als den Verstand in Anspruch nehmen, Rechte ferner, bei denen die Arbeit für beide eine relativ leichte, andere, bei denen sie eine unverhältnißmäßig schwierige ist. Im allgemeinen wird sich die Anstrengung des Gedächtnisses nach dem quantitativen, die des Verstandes nach dem qualitativen Verhalten der Rechte bestimmen.

Die Leichtigkeit oder Schwierigkeit der subjectiven Aneignung des Rechts hat aber nicht ein bloß *subjectives* Interesse, sondern mit letzterem trifft hier ein *objectives* d. h. das der Rechtspflege genau zusammen. Je mehr das Recht dem, der es anzuwenden und mithin zu erlernen hat, durch seine Weitschichtigkeit die Übersicht, durch seine Dunkelheit und Unbestimmtheit das richtige Verständniß erschwert, um so unvollkommener wird, wenn wir im übrigen auf Seiten des Subjects dasselbe Maß der Kräfte und der Anspannung derselben voraussetzen, die Anwendung des Rechts selber ausfallen. Das Interesse des Richters und des Verkehrs gehen hier Hand in Hand, und es ist mithin eine Frage von äußerster praktischer Wichtigkeit, ob und wie es sich erreichen läßt, die subjective Aneignung des Rechts dem Juristen in einer Weise zu erleichtern, daß auch bei der reichsten extensiven und intensiven Entwicklung des Rechts das gewöhnliche Maß von Kraft und Fleiß zur Bewältigung der Aufgabe ausreiche.

Das Mittel zur Erreichung dieses Zwecks besteht in der *quantitativen und qualitativen Vereinfachung des Rechts*, mittelst ihrer ist dem Juristen die geistige Herrschaft über das Recht gegeben.

I. *Die quantitative Vereinfachung.* Sie bezweckt eine Verringerung der *Masse* des Stoffs, selbstverständlich unbeschadet der mit demselben zu gewinnenden Resultate. Ihr Ge-

Digitized by Google

setz ist: mit möglichst wenig möglichst viel auszurichten; je geringer das Material, um so leichter und sicherer ist es zu handhaben.

Ich nenne dies das Gesetz der Sparsamkeit und erblicke darin eins der Lebensgesetze aller Jurisprudenz. Eine Jurisprudenz, welche dies Gesetz nicht begriffen hat, d. h. die es nicht versteht mit dem Material zu ökonomisiren, wird von der anschwellenden Masse des Stoffs zu Boden gedrückt und erliegt ihrem eigenen Reichthum. Für das richtige Verständniß der altrömischen Technik ist die Kenntniß dieses Gesetzes geradezu unentbehrlich. Den großen Umfang seines Verwirklichungsgebiets veranschaulichen folgende technische Operationen, von denen die beiden ersten in den folgenden Paragraphen einer genaueren Erörterung unterzogen werden sollen:

1. Die Zersetzung des Stoffs oder die Reduction desselben auf seine einfachen Grundbestandtheile (§ 39).
2. Die logische Concentration des Stoffs (§ 40).
3. Die systematische Anordnung des Stoffs,

welche gleich hier mit wenig Worten abgethan werden mag.

Die systematische Classification enthält in jeder Wissenschaft keine bloß locale Distribution der Masse, keine bloße durch Zweckmäßigkeitsrücksichten bestimmte Ortsanweisung für das Einzelne, um es mit leichter Mühe wieder zu finden, sondern sie enthält eine in Form einer Tabelle erstattete Auskunft über das, was jeder einzelne Gegenstand oder Begriff ist, und wie er mit dem Gesammtorganismus der Wissenschaft zusammenhängt — den Stammbaum der Begriffe. In dem kahlen Skelett, das uns eine Wissenschaft in ihrer Systematik darbietet, steckt in unscheinbarster Gestalt eine Energie des Denkens, eine Concentration des reichsten Inhalts auf kleinstem Raum, dem sich nichts anderes zur Seite stellen läßt.

Gegenüber einer namentlich unter praktischen Juristen vielverbreiteten Ansicht, als ob die systematische Frage im Recht ein

Digitized by Google

rein formales oder theoretisches Interesse habe, kann ich die hohe praktische Bedeutung derselben nicht genug hervorheben. Das Interesse der richtigen systematischen Stellung eines Instituts ist kein anderes als das der richtigen materiellen Erkenntniß und Darstellung desselben. Wer irgend einen Gegenstand falsch classificirt, z. B. einen Vogel zu den Säugethieren stellt, sagt damit von dem Gegenstand etwas materiell Falsches aus, und dieser Eine Irrthum kann die Quelle von unzähligen anderen werden. Systematische Versehen sind daher nicht harmlose, unschuldige Irrthümer, sondern sie gehören zu den gefährlichsten, die es gibt, und die Sorgfalt, welche die Theorie auf die systematische Frage verwendet, ist im höchsten Grade gerechtfertigt und macht sich reichlich bezahlt. Es würde in meinen Augen ein höchst ergiebiges und dankbares Thema sein, eine Geschichte der Irrthümer zu liefern, die lediglich aus einer falschen systematischen Stellung hervorgegangen sind. Jeder systematische Fehler ist das Produkt und zugleich die Quelle einer mangelhaften Erkenntniß des Gegenstandes, ein falscher Wegweiser, und so lange die Wissenschaft noch die rechte systematische Stelle für den Gegenstand nicht gefunden, hat sie ihn auch noch nicht recht begriffen, denn begreifen heißt nicht, den Gegenstand bloß an und für sich erfassen, sondern auch in seinem Zusammenhange mit anderen.

4. Die juristische Terminologie.

Es ist begreiflicherweise nicht dieses Orts, die Nothwendigkeit und den hohen Werth einer richtig ausgebildeten d. h. scharf ausgeprägten und reich entwickelten Kunstsprache für die Wissenschaft auseinander zu setzen, den Nachweis zu führen, in welchem Maße die Bestimmtheit, Sicherheit und Raschheit des wissenschaftlichen Denkens durch sie bedingt ist; wir beschränken uns lediglich auf den Dienst, den sie dem Juristen in Bezug auf den oben genannten Zweck gewährt. Nun ist es zwar klar, daß der Kunstausdruck den Gedanken oder Inhalt, den er bezeichnen soll, um nichts einfacher macht, als er an sich ist, allein er bringt ihn in eine Form, die den Gebrauch desselben unendlich vereinfacht

Digitized by Google

und erleichtert. Mit einem einzigen Kunstausdruck ersparen wir uns hundert Worte;[481]) so lange der Kunstausdruck für eine eigenthümliche wissenschaftliche Wahrheit oder Anschauung noch fehlt, fehlt ihr dasselbe, was dem Stück Metall, bevor es geprägt wird: die Fähigkeit als Münze zu coursiren. Die Sache allein thut es nicht, es gehört der Name dazu; auch in der Wissenschaft muß der Geburt die Taufe folgen — wo der Name fehlt, spricht die Vermuthung dafür, daß auch die Sache oder wenigstens das Bewußtsein derselben fehle. Eine Ausartung der Terminologie ist die bloße Nomenklatur, welche auch das Werthlose mit Namen versieht — eine Richtung, welche bekanntlich in unserer Wissenschaft vor noch nicht langer Zeit recht einheimisch war; so gerechtfertigt der Widerstand gegen sie ist, so unberechtigt ist er gegen die Terminologie als solche, selbst wenn letztere sich hergebrachter Fremdwörter bedient.[482])

---

481) Wie vieler Worte würde es z. B. bedürfen, um den Satz: die Evictionsleistung erstreckt sich nicht auf necessariae impensae, in die Sprache des Laien zu übersetzen.

482) Das Verlangen, daß die Jurisprudenz sich möglichst der Ausdrücke des gewöhnlichen Lebens bedienen solle, um dem Laien das Verständniß des Rechts zu erleichtern, beruht auf einem frommen Wahn. Ob man für die lateinischen Ausdrücke: culpa, dolus u. s. w. deutsche wählt, gewährt dem Bürger und Bauern für das Verständniß des Rechts keine Erleichterung, es handelt sich nicht um das Verständniß von Ausdrücken, sondern von Begriffen, und so wenig der Bauer eine algebraische Formel darum versteht, weil sie mit gewöhnlichen Buchstaben, Zahlen u. s. w. geschrieben ist, ebensowenig versteht er unsere juristischen Formeln, wenn wir statt culpa Schuld, dolus Betrug u. s. w. sagen. Daß aber die Ausdrücke einer todten Sprache für die Terminologie vortheilhafter sind, als die einer lebendigen, bedarf schwerlich eines Nachweises. Der Sinn, in dem die Wissenschaft die Worte der Muttersprache gebraucht, wird und muß nothwendigerweise oft ein anderer sein, als der, in dem das Leben sie nimmt, schon darum, weil die Bedeutung des Ausdrucks im Leben sich nicht selten ändert, während die Wissenschaft bei der bisherigen verbleiben muß, so wie umgekehrt auch das Leben sich durch die Begriffsbestimmung der Wissenschaft nicht wird abhalten lassen, den Ausdruck in einem anderen Sinn zu nehmen. Die Sprache der Wissenschaft und des Lebens sind vielfach zwei verschiedene Sprachen.

Digitized by Google

5. Die Kunst der geschickten Verwendung des Vorhandenen (die juristische Ökonomie) (§ 56—69).

II. Die qualitative Vereinfachung des Rechts. Die Leichtigkeit und Schwierigkeit der Auffassung und Aneignung eines Gegenstandes bestimmt sich nicht bloß nach dem quantitativen Moment, nach der Ausdehnung und dem Umfang des Stoffes, sondern ebenso sehr nach dem qualitativen, nach der inneren Ordnung, Symmetrie, Einheit des Gegenstandes. Qualitativ einfach ist das Recht, wenn es wie aus Einem Gusse ist, wenn die Theile unter sich scharf begränzt und geschieden sind und dennoch sich harmonisch zu einer Einheit zusammenfügen, wenn also das Auge den Theil ebenso leicht wie das Ganze erfassen kann. Wodurch die Jurisprudenz dies erreicht, wird in dem Abschnitt über juristische Construction (§ 41) gezeigt werden.

Es sollen jetzt drei der oben genannten Operationen: die Analyse, die Concentration und die Construction näher erörtert werden. Dieselben greifen im Einzelnen allerdings vielfach ineinander über, allein dennoch ist eine begriffliche Unterscheidung derselben nicht bloß möglich, sondern zum Zweck der gesonderten Darstellung absolut geboten. Es verhält sich damit ähnlich, wie mit der Unterscheidung der verschiedenen Geistesvermögen. Von letzteren arbeitet nie eine einzelne Kraft für sich allein, oder richtiger, die verschiedenen Kräfte, die wir annehmen, sind nur ebenso viele Seiten und Richtungen einer und derselben Kraft, allein dennoch ist, um sich diese Verschiedenheit zum Bewußtsein zu bringen, eine Trennung und abgesonderte Darstellung derselben unerläßlich. In diesem Sinne bitte ich auch die Unterscheidung jener drei Operationen aufzufassen.

Digitized by Google

II. Die drei Fundamental-Operationen der juristischen Technik.

1. Die juristische Analyse (das Rechtsalphabet).

Der einfache Rechtskörper — localisirende und abstracte Rechtsproduction — historische Erscheinung des Abstracten im Concreten (die Durchbruchspunkte; analoge Ausdehnung) — die Buchstaben des Rechts — Vergleichung des Alphabets des Rechts mit dem der Sprache.

XXXIX. Eine der großartigsten, fruchtbarsten und doch zugleich einfachsten Entdeckungen, die der menschliche Geist je gemacht hat, ist das Alphabet. Vierundzwanzig Zeichen geben uns die Herrschaft über einen unerschöpflichen Schatz, und die Handhabung dieses Mittels ist in dem Maße leicht und einfach, daß die Operationen des Fixirens der Worte durch Zeichen und die Entzifferung der Zeichen: das Schreiben und Lesen, selbst einem Kinde begreiflich gemacht und von ihm bis zur größten Vollkommenheit erlernt werden können. Ohne das Alphabet würde eine solche Herrschaft über die Sprache selbst der höchsten Kraft und der äußersten Anstrengung nicht erreichbar sein, Lesen und Schreiben würden für die schwierigsten aller Künste und Wissenschaften gelten.

Das Alphabet enthält für das Gebiet der Sprache die Lösung einer Aufgabe, die wir oben für das Recht als das Hauptproblem der Technik bezeichnet haben: die Erleichterung der Herrschaft über den Stoff durch Vereinfachung desselben, und es lieg daher sehr nahe zu fragen, ob nicht dieselbe Weise der Lösung auch hier anwendbar, d. h. ob nicht die Idee des Alphabets auf das Recht übertragbar sei. Die Idee des Alphabets aber beruht auf Zersetzung, Zurückführung des Zusammengesetzten auf seine Elemente, das Alphabet ist aus der Beobachtung hervorgegangen, daß die Sprache ihren ganzen Reichthum an Worten durch eine verschiedene Combination gewisser Grundlaute gebildet hat, und daß mithin die Entdeckung und Bezeichnung dieser Grundlaute

Digitized by Google

ausreicht, um mit und aus ihnen jedes beliebige Wort zusammenzusetzen. Müßte der Gesetzgeber für jedes Rechtsverhältniß oder jede besondere Gestaltung eines solchen eine Regel aufstellen, es würde der Stoff uns nicht bloß durch seine Massenhaftigkeit erdrücken, sondern uns gleichwohl noch täglich im Stich lassen, da in derselben Weise, wie der Fortschritt des Denkens jeder Zeit neue Worte, so auch der der Verkehrsbewegung neue Rechtsverhältnisse oder eigenthümliche Complicationen derselben hervorbringt.

Glücklicherweise ist aber dies neue nur zum kleinsten Theil wirklich neu, zum bei weitem größten Theil kehren in demselben nur vorhandene Größen wieder, die sich nur eigenthümlich verbunden oder gestaltet haben; das Neue ist nur eine Combination oder eine Modification gewisser Grundbegriffe, der einfachen Elemente des Rechts. Auch für das Recht also beruht die Möglichkeit der verhältnißmäßig leichten Beherrschung eines scheinbar unerschöpflichen Stoffes auf derselben Procedur wie bei der Sprache: der Zersetzung und Auflösung des Stoffs in seine einfachen Elemente, und es bewährt sich hier die Bemerkung, die wir früher (S. 27) Gelegenheit hatten zu machen, daß das Wesen des Rechts in dem Zersetzen, Scheiden, Trennen besteht. Die juristische Technik, der es zukommt, diese Aufgabe zu lösen, läßt sich daher nach dieser Richtung als die Chemie des Rechts bezeichnen, als die juristische Scheidekunst, welche die einfachen Elemente des Rechts aufzufinden hat.

In welcher Weise geschieht diese Zersetzung, wie ist sie möglich? Ich hoffe dies bereits an dieser Stelle klar machen zu können, will jedoch bemerken, daß dieser Gegenstand erst bei Gelegenheit der juristischen Construction sein volles Licht erhalten kann.

Ich setze den Fall, daß eine Gesetzgebungscommission bei Ausarbeitung des Obligationenrechts sich zuerst dem Kaufcontract zugewandt und dabei alle denkbaren Fragen, die im Leben bei ihm vorkommen können, entschieden hat. Gelangt sie später zu den übrigen Contracten, z. B. dem Tausch-, Miethcontract, so wird sich zeigen, daß neben solchen Fragen, die sich ausschließlich auf

Digitized by Google

letzteren beziehen, auch solche wiederkehren, die bereits bei Gelegenheit des Kaufcontracts entschieden worden sind, z. B. die Frage über den Einfluß des Irrthums auf die Gültigkeit des Contracts, über die Folgen der Mangelhaftigkeit oder der Verzögerung der Leistung. Es wäre nun denkbar, daß man eine solche sich öfter wiederholende Frage mit Rücksicht auf die wirkliche oder vermeintliche Besonderheit des Verhältnisses jedes Mal von neuem und in anderer Weise entschiede. Unter dieser Voraussetzung würde das Gesammtmaterial, das zur Beantwortung der Einen Frage producirt worden wäre, sich von den einzelnen Verhältnissen nicht in der Weise trennen lassen, daß aus demselben eine für alle einzelnen Verhältnisse zutreffende *allgemeine* Theorie jener Frage gebildet werden könnte; wollte die Jurisprudenz es gleichwohl versuchen, so würde sie damit nichts weiter gewinnen als eine rein äußerliche, nutzlose Zusammenstellung, ein Aggregat abgerissener Bruchstücke ohne innere Einheit.

Eine solche rein *localisirende* Art der Behandlung von Seiten der Gesetzgebung ist aber in Wirklichkeit gar nicht zu befürchten; sie wird sich der Wahrnehmung nicht zu entziehen vermögen, daß bei den verschiedenen Rechtsverhältnissen sich gewisse Fragen wiederholen, und sie wird ohne Noth für sie bei dem einen nicht eine andere Entscheidung treffen als bei dem anderen. Das Moment der Allgemeinheit, das in den Dingen liegt, muß sich nothwendigerweise auch an den Rechtssätzen bewähren, und neben denjenigen Rechtssätzen, die in Wirklichkeit *local* d. h. dem einzelnen Institut: dem Kauf-, Tausch- und Miethcontract u. s. w. eigenthümlich sind, wird es andere geben, die ihnen allen gemeinsam: *abstracter* Art sind. Die intellektuelle Operation, welche ihre Auffindung und Aufstellung zum Zweck hat: die *Abstraction* des Allgemeinen enthält eine Anwendung der analytischen Methode, denn sie besteht in nichts anderem als in der Ausscheidung des Allgemeinen aus dem Einzelnen, der Zersetzung des Stoffs in seine allgemeinen und partikulären oder localen Bestandtheile. Ihr Zweck ist nicht möglichste Beseitigung des In-

Digitized by Google

vididuellen und Erſetzung desſelben durch allgemeine Geſichtspunkte, ſondern im Gegentheil Klarſtellung deſſen, was in Wirklichkeit individuell und in Wirklichkeit allgemein iſt; ſie fördert dadurch ebenſo ſehr die richtige Auffaſſung des Einen wie des Anderen. Zugleich aber verringert ſie damit das Volumen des Stoffes, indem ſie der mehrfachen Behandlung eines und desſelben Gedankens an verſchiedenen Punkten des Syſtems vorbeugt.

Die Macht der Dinge ſetzt aber auch dieſer Richtung eine gewiſſe Gränze. Das praktiſche Bedürfniß (utilitas) wird es mitunter erheiſchen, daß der Geſetzgeber die abſtracte Regel zu Gunſten eines beſonders eigenthümlich gearteten Verhältniſſes opfere, die an ſich allgemeine Frage alſo in Anwendung auf dieſes Verhältniß local entſcheide. Dies iſt das jus singulare der Römer. Nicht das individuelle Recht ſchlechthin heißt ſo, alſo z. B. nicht die eigenthümlichen Grundſätze der Conſenſual-Verträge im Gegenſatz zu den Real-Contracten, ſondern nur die locale Abweichung von einem an ſich allgemeinen Princip (ratio juris).[494] Diejenigen Rechtsſätze, die ihrer Natur nach nothwendig local, weil durch die Individualität dieſer Species gegeben ſind, enthalten keine Abweichung von einem Allgemeinen, weil es für ſie kein Allgemeines gibt; ſie ſind ſpeciell, aber nicht ſingulär. Ebenſo wenig darf man von einem jus singulare ſprechen, wo der ganze Stoff von vorn herein localiſirt iſt, wie z. B. bei den Friſten der Verjährung oder den Enterbungsgründen.

Die Jurisprudenz kann das Allgemeine nur abſtrahiren d. h. es herausholen, wo es iſt, aber ſie kann es nicht ſchaffen. Der Erfolg ihrer auf Gewinnung des Allgemeinen gerichteten Bemühungen iſt daher weſentlich davon abhängig, wie das Recht ſelber von vornherein angelegt iſt, ob in ihm, wie im römiſchen, von früh auf eine mehr centraliſirende, oder wie im deutſchen, eine mehr localiſirende Richtung heimiſch geweſen iſt.

494) L. 16 de leg. (1. 3) .. quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.

Digitized by Google

Auf jedem Gebiet der Erkenntniß erblickt und gewinnt der menschliche Geist früher das Concrete als das Abstracte. Darum erscheinen auch im Recht die concreten Partien d. h. die Rechtssätze für einzelne Rechtsverhältnisse historisch ungleich früher entwickelt als die abstracten Partien. Bevor letztere in ihrer wahren d. h. allgemeinen Form von der Gesetzgebung oder Wissenschaft erkannt und ausgesprochen wurden, haben sie nicht selten eine lange Vorgeschichte durchmachen, verschiedene Phasen zurücklegen müssen. Diese Entwicklungsgeschichte derselben gehört zu den interessantesten Erscheinungen auf dem Gebiet der Rechtsgeschichte, und es ist für uns um so nöthiger, dieselbe kennen zu lernen, als an ihr eine der wichtigsten Aufgaben und Operationen der juristischen Technik zu Tage tritt.

Die Erscheinung, die ich meine, und zu der uns die Geschichte nicht bloß des römischen, sondern eines jeden Rechts eine Reihe von Beispielen liefert, besteht darin, daß ein abstracter Gedanke ursprünglich erst in beschränkter Weise bei einem einzelnen Punkt, den ich den historischen Durchbruchspunkt[495]) desselben nennen möchte, zum Vorschein kommt und erst nach und nach die Ausdehnung und Ausbreitung erlangt, die ihm seiner Natur nach gebührt. Auch die Gedanken haben um ihre Existenz zu ringen und nicht selten sich jeden Fußbreit Landes mühsam zu erkämpfen. Erschienen sie sofort in ihrer ihnen dermaleinst beschiedenen Allgemeinheit, man würde sie nicht verstehen und sich ihnen widersetzen. Darum treten sie ursprünglich nur schüchtern und bescheiden in die Wirklichkeit und begnügen sich mit einem kleinen Gebiet, bis die Geister sich allmälig an sie gewöhnt, und sie selber sich in irgend einem Punkte so festgesetzt und gekräftigt haben,

495) Nicht zu verwechseln mit dem Einfluß, den irgend ein besonderes Verhältniß, Interesse u. s. w. — das historische Motiv — auf die Hervorbringung eines allgemeinen Rechtssatzes ausüben kann. Als historisches Motiv der Einführung der Codicille wird uns die Abwesenheit genannt (pr. I. de codicill. 2. 25 . . propter magnas et longas peregrinationes), allein das Institut ward von vornherein nicht auf diese Voraussetzung beschränkt, es galt allgemein für Anwesende und Abwesende.

Digitized by Google

daß sie von dort aus weiter vorzudringen vermögen. Ihr Anspruch auf Allgemeinheit und damit die Inconsequenz, deren man sich durch ihre Beschränkung auf ein einzelnes Verhältniß schuldig macht, kann sich auf die Dauer der Wahrnehmung nicht entziehen, denn die Consequenz ist eine Macht, die langsam, aber sicher, die unbewußt, aber nicht minder wirksam im Geist fortarbeitet, die längst empfunden und gefühlt wird, bevor sie erkannt ist. Darum kommt auch für jene Gedanken unausbleiblich die Zeit, wo man fragt: warum gelten sie bloß hier, warum nicht auch in dem und jenem völlig gleichartigen Verhältniß, eine Zeit, wo Manchem die seitherige Beschränktheit ihrer Geltung nicht minder auffällig und verwunderlich erscheinen muß, als vor und zur Zeit ihrer Einführung einem Anderen der Vorschlag, sie auch nur in beschränktester Weise zuzulassen.

Ich will das Gesagte an einer tabellarisch geordneten Reihe von Beispielen aus dem römischen Recht erläutern. Die Columne links bezeichnet den Gedanken in seiner späteren ausgewachsenen d. h. allgemeinen Gestalt, die Columne rechts den Durchbruchspunkt desselben, bei dem er historisch zuerst in beschränkter Weise zum Vorschein gekommen ist.

1. Haftung des Principals aus den Verträgen des Vertreters.	Rhederei und Handel (act. exercit. und institoria).
2. Schutz der bonae fidei possessio durch die act. Public. (Idee des relativ-besseren Rechts).	Verkauf und Tradition.
3. Die act. quanti minoris und redhibitoria.	Sklaven- und Vieh-Handel.
4. Restitution bei Verlust durch unverschuldete Versäumniß.	Abwesenheit.
5. Fixirung der gegen den Besitzer als solchen gerichteten Klagen durch dolose Veräußerung der Sachen.	Hereditatis petitio.

Digitized by Google

6. Fingirte Erfüllung der Bedingung (S. 170, Anm. 235). — Bedingtes Vermächtniß der Freiheit.
7. Dinglicher Schutz des Pfandes. — Pachtverhältniß (act. Serviana).

Diese Beispiele ließen sich noch um viele vermehren, für unseren Zweck reichen jedoch die mitgetheilten vollkommen aus.

Worauf es mir vor allem bei dieser ganzen Erscheinung ankommt, ist, den Gedanken fern zu halten, daß es sich hier um etwas Zufälliges oder eine unvollkommene Entstehungsweise des Rechts handle. Zufällig ist weder die Erscheinung selbst im allgemeinen, denn es ist nichts als das allbekannte Gesetz des Werdens, das sich in ihr verwirklicht, noch ist es im einzelnen Fall zufällig, daß ein neuer Gedanke gerade bei diesem Punkt zum Durchbruch kommt. Die Gründe, welche dies bedingen, können verschiedener Art sein. Zunächst gehört dahin die größere Dringlichkeit des Bedürfnisses. Dasselbe tritt nicht überall sofort in gleicher Weise auf, es wird an dem einen Punkt früher oder stärker fühlbar als an dem anderen; so. z. B. in Fall 1, 3, 4, 6, 7. Ein zweiter Grund ist die Leichtigkeit der legislativen Gestaltung des Gedankens in Richtung auf dieses bestimmte Verhältniß, wofür auf Fall 2 und 4 und, wenn ich noch andere Beispiele hinzufügen soll, auf die Priorität des Sachenbesitzes vor dem Quasibesitz, auf die ursprüngliche Beschränkung des Ususfructus, Depositums, der Miethe auf individuell bestimmte Gegenstände gegenüber der späteren Ausdehnung dieser Verhältnisse auf generisch bestimmte Sachen, auf die ursprüngliche Fassung des damnum injuria datum als damnum corpore corpori datum verwiesen werden mag. Der Vollständigkeit wegen muß ich noch eines anderen Grundes gedenken. Die beiden so eben angeführten setzen voraus, daß der Rechtssatz oder Gedanke von vornherein in allgemeiner Gestalt hätte auftreten können, d. h. daß ein weiteres als sein ursprüngliches Anwendungsgebiet von Anfang an für ihn möglich gewesen wäre. Nun ist aber auch der Fall denkbar, und er ist im römischen Recht nicht selten, daß irgend ein Princip oder

Digitized by Google

Begriff ursprünglich sich aus dem Grunde an ein besonderes Verhältniß angelehnt und sich in ihm localisirt hat, weil letzteres damals das einzige seiner Art war. Gattungs- und Artbegriffe fallen hier ganz zusammen; was der Gattung angehörte, kam in Gestalt der Species zu Tage. Nehmen wir beispielsweise den Gattungsbegriff des jus in re aliena. Eine Reihe von Rechtssätzen, die sich aus ihm ergeben, wie z. B. daß der Inhalt eines solchen Rechts nicht in Handlungen des Herrn der belasteten Sache bestehen kann, daß dasselbe durch Consolidation untergeht u. s. w., haben sich historisch zuerst an der Servitut entwickelt, weil letztere lange Zeit hindurch das einzige jus in re war. Manche dieser Sätze haben ihre ursprüngliche, auf die Species lautende Form noch beibehalten (z. B. servitus in faciendo consistere nequit, nulli res sua servit), obschon diese enge Fassung für das neuere Recht gar nicht mehr zutrifft. Ähnlich verhält es sich mit dem Begriff der erbrechtlichen Universalsuccession. Im älteren Recht war die hereditas die einzige Art der Universalsuccession, der Gattungsbegriff konnte also nur an ihr erfaßt werden, die erbrechtlichen Regeln lauteten daher sämmtlich auf hereditas (z. B. semel heres semper heres). Seit dem Aufkommen der Bonorum Possessio hätten sie diese Fassung wenigstens überall da, wo sie nicht etwas Specifisches der hereditas, sondern etwas der ganzen Gattung Gemeinsames betrafen, ablegen müssen, nichts desto weniger aber haben sie dieselbe auch im neueren Recht beibehalten.

Werfen wir schließlich noch einen Blick auf die Art und Weise, wie die Verallgemeinerung des Gedankens zu geschehen pflegt, so scheint diese Art der Fortbildung des Rechts vorzugsweise der Jurisprudenz vorbehalten zu sein. Im römischen Recht wenigstens sind mir, abgesehen von dem Fall, wo es sich um Verallgemeinerung eines ursprünglich nur einem einzelnen Stande verliehenen Privilegiums handelt, keine Fälle bekannt, in denen die Gesetzgebung sich selbst dieser Aufgabe unterzogen hätte. Die Operation, mittelst deren die Jurisprudenz dieselbe löste, ist unter

Digitized by Google

dem Namen der analogen Ausdehnung allbekannt, sie dürfte durch den Zusammenhang, in den unsere Darstellung sie bringt, in ein helleres Licht getreten sein.

Zunächst in Bezug auf ihre Berechtigung und Nothwendigkeit. So lange in der Geschichte das Gesetz gelten wird, daß das Allgemeine nicht sofort in allgemeiner, sondern erst in beschränkter Form zur Welt kommt, wird auch das Bedürfniß der analogen Ausdehnung bestehen; die Natur der Dinge selber macht hier die Nachhülfe des Juristen nothwendig. Der Werth der obigen Auffassung bewährt sich sodann noch an der Möglichkeit einer genaueren Bestimmung des Begriffs der analogen Ausdehnung und der dadurch vermittelten zutreffenden Feststellung der für sie geltenden Gesetze. Der Begriff läßt sich dahin bestimmen, daß diese Operation nichts ist als die Ablösung des seiner Natur und Bestimmung nach Allgemeinen von seiner localen historischen Erscheinungsform. Sie beruht also auf einer Analyse des historisch zur Einheit eines Instituts vereinigten Rechtsstoffes, und zwar der Scheidung derjenigen Bestandtheile (Rechtssätze), welche lediglich aus dem eigenthümlichen Zweck und Begriff dieses Instituts geflossen sind, rein der Species angehören (wesentlich-locale Bestandtheile), von denjenigen, welche nur in diesem Institut zur Erscheinung gelangt, ihrem Wesen nach aber abstracter Art sind (zufällig oder historisch-locale). Der Gedanke, welcher der act. exercit. und instit., der publiciana, der redhibit. und quanti minoris zu Grunde lag, war ein allgemeiner, und als die Juristen diese Klagen auf andere analoge Verhältnisse erstreckten, dehnten sie denselben nicht sowohl aus, sondern sie erkannten ihn nur in seiner wahren Gestalt, sie befreiten ihn bloß von seiner zu engen historischen Erscheinungsform. Darin liegt keine Überhebung von Seiten der Jurisprudenz, sie greift nicht in die Rechte des Gesetzgebers ein, sie schafft nicht, sondern sie übt nur eine höhere Kritik und Interpretation, eine Kritik und Interpretation nicht der Worte, sondern des legislativen Gedankens. Allerdings erfordert diese Operation eine

Digitized by Google

größere Geschicklichkeit der Abstraction und ein feineres Unterscheidungsvermögen als die gewöhnliche Interpretation, und Mißgriffe sind hier nach beiden Seiten möglich, nämlich sowohl daß zu viel als daß zu wenig gethan wird d. h. daß man fälschlich die wesentlich-localen Bestandtheile für abstracte und umgekehrt die abstracten für wesentlich-locale erklärt. Der erste Mißgriff ist regelmäßig [496]) kaum zu befürchten, schon darum weil es bequemer und sicherer ist bei dem unmittelbaren Inhalt des Gesetzes stehen zu bleiben als sich in freier Weise über ihn zu erheben. Darum wird die Jurisprudenz ungleich häufiger in die Lage kommen, den entgegengesetzten Vorwurf über sich ergehen lassen zu müssen. Auch für sie gehört erst eine längere Zeit der Gewöhnung an neue Gedanken dazu, bis sie zur Einsicht gelangt, daß dieselben berechtigt sind, ein größeres Geltungsgebiet zu beanspruchen, als sie bei ihrem ersten Auftreten inne haben, und bis sie den Muth gewinnt, ihnen dasselbe praktisch zu vindiciren. Die analoge Ausdehnung ist überall die Frucht eines langsamen Reifens der Anschauung; bevor ihre Zeit nicht gekommen, ihre Nothwendigkeit nicht allseitig erkannt ist, wird ein Anlauf dazu von Seiten eines Einzelnen keine Folge haben. Das wird sich zu allen Zeiten wiederholen, und darin liegt die sicherste Garantie gegen jede Übereilung.

Die bisherige Entwicklung hat gezeigt, wie auf dem Wege der logischen Zersetzung sich innerhalb des Rechts eine Scheidung seiner Bestandtheile vollzieht, indem die allgemeinen Gedanken, die historisch zuerst am Concreten und Speciellen zur Existenz ge-

---

496) Bei der späteren Form der römischen Rechtsbildung durch kaiserliche Rescripte war die Gefahr einer ungehörigen Generalisirung d. h. einer Ausdehnung rein individueller, lediglich für den concreten Fall bestimmter Entscheidungen (constitutiones personales) allerdings ungleich größer, aber nicht die Jurisprudenz verschuldete sie, sondern die Willkür, mit der die Kaiser das Recht als Gnadensache behandelten. In dem späteren Verbot einer analogen Benutzung ihrer Rescripte sprachen sie sich selbst das Urtheil.

Digitized by Google

langen, sich nach und nach von dieser Verbindung lösen und die ihnen zukommende abstracte Gestalt gewinnen. Der Rückstand an Rechtssätzen, der übrig bleibt, nachdem sie sich von ihm zurückgezogen haben, gehört ausschließlich diesem speciellen Verhältniß an, das Geltungsgebiet dieser Rechtssätze ist also ein höchst beschränktes, local fixirtes, während jene allgemeinen Rechtssätze der atmosphärischen Luft über der Erdoberfläche gleichen, welche an keinen einzelnen Punkt derselben fest gebunden ist, sondern sich frei über ihr bewegt, andererseits aber mit jedem Körper auf der Erdoberfläche eine Verbindung eingehen kann. Die Rechtssätze der ersteren Art schließen sich nach Maßgabe des Zwecks, auf den sie sich beziehen, zu einheitlichen Gestaltungen, Begriffen zusammen, die als solche ohne Mitwirkung irgend welcher anderen Begriffe concrete Gestalt annehmen können, während die Rechtssätze der zweiten Art oder die Begriffe, die aus ihnen gebildet sind, diese Fähigkeit nicht besitzen, vielmehr nur in und an den Begriffen der ersteren Art ihre Verwirklichung erlangen.

Erstere bezeichne ich aus dem Grunde als *selbständige*, letztere als *unselbständige* Rechtskörper. Als Beispiele der ersteren Art nenne ich den Kaufcontract, die Weggerechtigkeit, das Testament, als Beispiele der zweiten Art den Irrthum, die Nichtigkeit, die Mora. Ein Irrthum als solcher d. h. unabhängig von einem concreten Rechtsverhältniß, eine Mora als solche d. h. ohne Beziehung auf eine bestehende Obligation, kann praktisch gar nicht vorkommen, beide müssen sich mit selbständigen Körpern, mit einer Handlung, einer Obligation verbinden. Wenn wir unsern obigen Vergleich der Begriffe des Rechts mit den Buchstaben hierauf ausdehnen wollen, so können wir die abstracten die Consonanten, die concreten die Vocale nennen. Hiermit hängt ein anderer Unterschied derselben zusammen. Die abstracten Elemente nämlich besitzen eine ungleich größere Anwendbarkeit, weil sie nicht an ein einzelnes Verhältniß gebunden sind; der Irrthum z. B. kann bei einem Contract, einer Tradition, einer Zahlung, einem Legat u. s. w. vorkommen. Die selbstän-

Digitized by Google

digen hingegen betreffen immer nur ein ganz specielles Verhältniß, sie sind räumlich fixirt, localisirt. Sie können sich übrigens nicht bloß mit den abstracten, sondern auch unter sich zu einem zusammengesetzten Rechtsverhältniß verbinden, während erstere, um sich concret zu realisiren, stets der Verbindung mit einem Körper der anderen Klasse bedürfen. Man nehme z. B. die oben genannten Begriffe: Verkauf, Weggerechtigkeit, Testament. Wir gewinnen eine Verbindung derselben, wenn wir den Fall setzen, daß ein Testator seinem Erben auferlegt, dem Nachbar eine von ihm längst begehrte Weggerechtigkeit zu dem von ihm gebotenen Preise zu überlassen d. h. zu verkaufen.[497]) Wenn der Fall zu einem Rechtsstreit Anlaß gäbe (bei dem es sich nicht etwa um die Interpretation der Verfügung, sondern um die rechtliche Wirksamkeit derselben handelte), so würde die Entscheidung desselben darin bestehen, daß wir ihn in die einfachen Bestandtheile auflösten, die sich in ihm zusammengefunden haben: Testament (bez. Legat) — Verkauf — Weggerechtigkeit, und daß wir sodann bei jedem derselben die Voraussetzungen und Wirkungen ermittelten. Die Entscheidung eines Rechtsfalls ist dieselbe Operation wie das Lesen; wie man bei letzterem die Buchstaben, aus denen das Wort besteht, zusammensucht d. i. liest und die Summe der durch sie bezeichneten Laute zur sprachlichen Einheit zusammenfaßt, so sucht der Jurist die Begriffe des Rechtsfalls einzeln zusammen, er scheidet sie aus, einen nach dem andern, um schließlich ihre Gesammtwirkung festzustellen — das Ent-scheiden beruht auf Scheiden, das Ur-theilen auf Theilen.

Vergleichen wir das Alphabet des Rechts mit dem der Sprache, so steht es zunächst darin hinter letzterem weit zurück, daß die Buchstaben desselben theilweise eine ungleich beschränktere Anwendbarkeit besitzen als die der Sprache. Mit letzteren lassen sich in dieser Beziehung nur unsere abstracten Elemente des Rechts

497) Der Fall der L. 44 i. f. de solut. (46. 3) . . . damnatus alicui vendere.

Digitized by Google

in Vergleich bringen. Schon aus diesem Grunde muß die Zahl der Buchstaben dort ungleich größer sein als hier, es gesellen sich aber noch andere Gründe hinzu, namentlich der, daß das Alphabet des Rechts ungleich genauer und exacter ist und sein muß als das der Sprache. Wenn letzteres mit so außerordentlich wenig Zeichen ausreicht, so beruht das zum großen Theil auf der Ungenauigkeit, mit der die Sprachlaute wiedergegeben werden. Wie viele Zeichen wären erforderlich, wenn all die feinen Schattirungen und Nüancen, insbesondere in der Aussprache der Vocale angedeutet werden sollten! Die Schrift gewährt nur eine sehr rohe Reproduction der Sprache, genügend für denjenigen, der die Aussprache kennt, für denjenigen aber, der darnach allein letztere glaubt erlernen zu können, durchaus unzureichend. Rücksichtlich des Rechts gilt für die niedersten Stufen desselben allerdings ganz dasselbe (Bd. 1. S. 28—32), das geschriebene Recht gewährt auch hier nur einen sehr ungenauen Anhaltspunkt für das Sprechen des Rechts, allein ich brauche kaum zu bemerken, daß die möglichste Congruenz zwischen dem Schreiben oder Setzen des Rechts und dem Sprechen gerade eins der Ziele aller Entwicklung des Rechts bildet. Soll Recht gesprochen werden, wie es geschrieben ist, so muß es auch geschrieben werden, wie gesprochen werden soll. Für die Sprache hat jene möglichste Congruenz, wenigstens was den Inländer anbetrifft, keine praktische Bedeutung, für das Recht die äußerste. Darum also kann die Sprache ungenau, das Recht aber nicht exact genug verfahren, und darin liegt ein Hauptgrund dafür, daß erstere mit einer kleinen Zahl von Buchstaben ausreicht, während letzteres eine große Zahl von Begriffen nöthig hat.

Aus dieser Verschiedenheit beider rücksichtlich des Maßes der von ihnen beiden angewandten Genauigkeit ergibt sich ein fernerer Unterschied zwischen ihnen. Während nämlich das Alphabet der Sprache vollkommen abgeschlossen ist und mithin trotz aller Umwandlung der Sprache dasselbe geblieben ist und bleiben wird, da es eben die feineren Nüancen in der Aussprache nicht wieder-

Digitized by Google

gibt; während dasselbe ferner sich nicht auf eine einzelne Sprache beschränkt, sondern für ganze Sprachfamilien im wesentlichen dasselbe ist, kann das des Rechts auf eine gleiche von Zeit und Ort, von der Geschichte und Nationalität unabhängige Geltung keinen Anspruch machen. Man könnte mir einwenden, daß es doch auch im Recht Grundbegriffe von absoluter Wahrheit gebe, seien es auch nur juristisch-logische Kategorien oder rein formale Begriffe wie z. B. der Begriff der juristischen Unmöglichkeit, der Gegensatz der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, des Rechts und der Ausübung, des Irrthums im Object und in den Beweggründen u. s. w., und daß dieselben daher, bei welchem Volke sie immerhin zuerst entdeckt und ausgebildet worden seien, dennoch nicht dem Rechtsalphabet dieses Volks angehörten, sondern einem supranationalen, universellen, absoluten. Allein so sehr ich die absolute Wahrheit dieser Begriffe und damit die Möglichkeit eines universellen Rechtsalphabets zugebe, so darf man doch nicht außer Acht lassen, daß diese Begriffe rein formaler Art sind, und daß wir es mittelst ihrer mithin nicht über eine formale juristische Logik (deren hohen didaktischen Werth ich übrigens nicht bestreiten will) hinaus bringen würden. Die praktische Gestaltung, die substantielle Ausfüllung derselben würde immer noch Sache des positiven Rechts bleiben. So ist z. B. der Unterschied zwischen dem Irrthum im Object und in den Beweggründen ein begrifflich nothwendiger und ganz geeignet, die juristische Denkfähigkeit zu üben, allein ob überhaupt dem Irrthum eine praktische Beachtung zugestanden werden soll und, wenn dies, ob bloß dem Irrthum in dem Object oder auch dem Irrthum in den Motiven, das ist Sache positiver Rechtssatzung; wenn letztere jene Frage schlechthin verneint oder schlechthin bejaht, so ist jener Unterschied damit für dieses Recht praktisch völlig beseitigt. Der Gegensatz der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit ist logisch völlig unanfechtbar, aber für das ältere römische Recht war derselbe gar nicht vorhanden, da dasselbe die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte ausschließlich in der Form der Nichtigkeit vermittelte. Es verhält

Digitized by Google

sich also mit jenen Begriffen so, daß das Absolute daran etwas rein Formales, das Praktische daran etwas rein Positives ist. Allerdings kann diese positiv-praktische Gestaltung eine so verständige, zweckmäßige sein, daß man ihr da, wo sie einmal gilt, gern eine ewige Dauer und selbst eine universelle Verbreitung prognosticiren möchte, allein nichts desto weniger müssen wir sie doch für etwas Positives, dem Wechsel der Ansichten und Dinge Unterliegendes anerkennen.

Unser praktisches Rechtsalphabet ist daher etwas Positives, Historisches, und die Geschichte eines jeden Rechts bestätigt dies. Es ändern sich nicht bloß die Rechtssätze, sondern mit ihnen auch die Begriffe und Institute, und es ändert sich nicht bloß die Beschaffenheit und Bedeutung unserer vorhandenen Rechts-Buchstaben, sondern die Zeit bringt uns völlig neue und streicht die alten aus. Wie sehr aber dennoch ein einzelnes Rechtsalphabet bei aller seiner Positivität den Einflüssen von Zeit und Ort zu trotzen vermag, dafür gibt uns das römische einen schlagenden Beweis. Die praktische Gestaltung des Eigenthums, der Servitut, Obligation u. s. w. im römischen Recht und mithin auch die begriffliche Construction des Stoffs von Seiten der römischen Juristen ist römisch, wie sehr man oft auch in kritikloser Verehrung vor dem römischen Recht sich dagegen verschlossen und das Römische als das Absolute zu deduciren versucht hat. Aber wie lang hat doch dies Römische und Positive vorgehalten! Die genannten Begriffe gelten heutzutage im wesentlichen fast noch ebenso, wie vor anderthalb Jahrtausenden, und, was mehr ist, das römische Recht bietet uns selbst für Verhältnisse und Fragen, die erst die moderne Welt gebracht hat, vielfach völlig ausreichende Entscheidungsnormen. Erklärlich, daß sich im Mittelalter der Glaube an den absoluten Charakter des römischen Rechts, die Idee, daß in ihm die ratio scripta, die geoffenbarte Vernunft in Dingen des Rechts verwirklicht sei, ausbilden konnte.

Daß nun unser Rechtsalphabet trotz dieser Verschiedenheiten zwischen ihm und dem Sprachalphabet dennoch den Namen eines

Digitized by Google

Alphabets verdient, bedarf wohl keiner Bemerkung. Es gibt keinen Vergleich, der geeigneter wäre, dem Unkundigen das Wesen und Walten der analytischen Kraft im Recht mit Einem Worte zu veranschaulichen. So sehr sich aber mittelst dieses Vergleichs selbst einem Laien die Sache begreiflich machen läßt, so kann ich doch die Bemerkung nicht unterdrücken, daß der Laie im Grunde für jene Methode der Zersetzung von vornherein nicht bloß kein Verständniß mitbringt, sondern sich zu ihr entschieden antipathisch verhält. Denn jene Methode bildet das gerade Widerspiel zu seiner Anschauungsweise, sie ist berechnet darauf, den Einfluß derselben auf die Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten vollständig auszuschließen. Das Charakteristische der Anschauungsweise des Laien, möge es sich um die Auffassung des abstracten Rechtes oder eines einzelnen Rechtsverhältnisses handeln, besteht in dem Nicht-Scheiden, oder positiv ausgedrückt in der Hingabe an den Totaleindruck des Verhältnisses.[498]) Alle jene Elemente, Seiten, Beziehungen eines Rechtsinstitutes oder Rechtsfalles, die sich dem juristischen Auge als einzelne darstellen, fließen für ihn zusammen, und die Gesammtwirkung, die der Gegenstand auf sein Gefühl ausübt, der unbewußte Totaleindruck dieses Bildes ist es, der sein Urtheil bestimmt. Der Laie wird es unbegreiflich finden, daß der Jurist ein Institut des Lebens, in dem er, der Laie, Ein organisches Ganzes erblickt, und das ihm jedenfalls als eine gegebene Thatsache des Lebens eines weiteren Suchens nicht mehr bedürftig erscheint, mühsam in seine einzelne Seiten, Bestandtheile auflöst und jene Einheit erst künstlich auf synthetischem Wege wieder gewinnt. Wenn ein Kläger, der einen durchaus begründeten Anspruch hat, eine unvortheilhafte Wahl der Klage trifft,

498) Der Gegensatz der Beurtheilung eines Rechtsverhältnisses nach Weise des Juristen und Laien ist schon von Tryphonin in der L. 31 § 1 Depos. (17. 3) ausgesprochen. Er unterscheidet hier 1. si per se dantem accipientemque intuemur, 2. si totius rei aequitatem, quae ex omnibus personis, quae negotio isto continguntur, impletur.

Digitized by Google

z. B. statt der act. in pers. eine act. in rem anstellt, so prüft der Richter lediglich, ob die Voraussetzungen dieser Klage vorhanden sind, und weist mithin im Verneinungsfall den Kläger mit dieser Klage ab, ungeachtet sich aus den Verhandlungen ergibt, daß der Anspruch des Klägers, mit einer andern Klage geltend gemacht, durchaus begründet gewesen wäre. Dies wird dem Laien höchst anstößig erscheinen, und doch ist es nichts als eine einfache Scheidung der Gesichtspunkte und eine Beschränkung auf denjenigen von ihnen, den der Kläger selbst für die Beurtheilung des Falles gewählt und dem Richter vorgelegt hat.

Wie wenig das Wesen der zersetzenden Methode zur Zeit noch von Seiten der Wissenschaft begriffen ist, hat sich vorzüglich in dem Streit über den Gegensatz des römischen und deutschen Rechts kundgegeben. Zwei heutige Rechtsphilosophen[499]) haben den Mangel des römischen Rechts darin zu finden geglaubt, daß es demselben an „Organismen, organischen Gestaltungen, einem positiven Prinzip organischer Gestaltung" u. s. w. gefehlt habe. Worauf aber beruht diese Behauptung? So lange die juristisch-zersetzende Kraft sich an einem Rechtsinstitut noch nicht bethätigt hat, macht uns dasselbe leicht den Eindruck eines „Organismus"; alles greift in schönster Weise in einander, rechtliche und ethische Momente, Form und Inhalt, dingliches und obligatorisches Element bildet Ein Ganzes. Sobald aber die Jurisprudenz sich des Instituts bemächtigt und ihre Pflicht und Schuldigkeit daran thut, ist es, ohne daß sich an dem realen, praktischen Bestande desselben das Geringste änderte, um jenes poetische „Verwachsensein", „Sich-organisch-Durchdringen" u. s. w. geschehen; der schöne Organismus ist dahin, und wir haben statt dessen Stickstoff, Sauerstoff u. s. w. Das eine Element des Instituts ge-

499) Stahl in der als Anhang zum ersten Bande seiner Rechtsphilosophie aufgenommenen Abh. über den Werth des röm. Privatrechts (Aufl. 2, S. 400) und Röder, Grundgedanken u. Bedeutung des röm. u. german. Rechts, Leipzig 1855.

Digitized by Google

langt im System hierhin, das andere dorthin.[500]) Wenn nun das deutsche Recht uns Organismen, das römische aber Atome oder Elemente bietet, so ist das nicht sowohl eine Verschiedenheit der beiden *Rechte* — oder sollte etwa z. B. die Vormundschaft im römischen *Leben* weniger eine „organische Einheit" gewesen sein, als bei uns? — sondern eine Verschiedenheit der *wissenschaftlichen Behandlung* beider. Die Wissenschaft des Rechts statuirt keine *Organismen*, so wenig wie die organische Chemie — sie löst dieselben auf; aber daraus zu folgern, daß die praktische Function der Rechtsverhältnisse dadurch beeinträchtigt werde, wäre um nichts besser als zu glauben, daß die Analyse des Chemikers, statt die Natur zu verstehen, sich mit ihr in Widerspruch setzen wollte.

Dem obigen Vorwurf gegen das römische Recht scheint die Idee zu Grunde zu liegen, als ob jene Rechtsatomistik nicht eine bloß juristische, sondern eine reale gewesen, als ob der römische Geist eine Abneigung gegen alles Zusammengesetzte, Gemischte, oder was man sonst unter organisch versteht, empfunden habe.[501])

---

500) So z. B. beim Pfandrecht das dingliche ins Sachenrecht, das obligatorische, der contractus pigneratitius ins Obligationenrecht. Bei der Vormundschaft muß man die einzelnen Elemente aus den verschiedensten Theilen des Systems zusammensuchen: die Handlungsfähigkeit der bevormundeten Personen und den Begriff und die Arten der Stellvertretung im allgemeinen Theil, das Pfandrecht am Vermögen des Vormunds im Pfandrecht, die reiv. util. gegen ihn beim Eigenthum, das obligatorische Verhältniß im Obligationenrecht oder Familienrecht, die tutela testamentaria der Römer im Erbrecht.

501) Als praktische Moral, die ich mir erlauben möchte aus jenem Irrthum zu ziehen, stehe hier die Bemerkung, die ich namentlich allen Rechtsphilosophen, welche keine Juristen sind, dedicirt haben will: daß selbst eine rein *ethische* Würdigung eines bestimmten Rechts nicht möglich ist ohne Kenntniß der *Technik*. Um das Deficit dieser Kenntniß (häufig auch des klaren Denkens überhaupt!) zuzudecken, gibt es freilich keinen bequemeren Ausdruck als „organisch", — je verschwommener der Begriff, desto „organischer" die Sache. Ein jüngerer, mir befreundeter Gelehrter, der leider so früh der Wissenschaft entrissene hiesige Privatdocent: Dr. van *Krieken*, der in seiner Schrift: über die sogenannte organische Staatslehre, Leipzig 1873,

Digitized by Google

Allein die zersetzende Kraft des römischen Geistes zersetzte nicht die Dinge, sondern nur die Begriffe, und sie that es, nicht um das praktische Bestehen von Organismen zu verhindern, sondern um dasselbe zu erleichtern und zu sichern.

2. Die logische Concentration.

Die Möglichkeit einer Concentrirung des Stoffs — das logische Centrum und die Peripherie — innere Erweiterung des Princips in der historischen Form einer Ausnahme.

> Hoc uno posito, quod est ad cognitionem disciplinae satis, innumerabilia nascuntur, quibus implentur juris consultorum libri. Cic. de leg. II. 19.

XL. Die gegenwärtige Operation verfolgt, wie oben bemerkt ward, denselben Zweck, wie die vorhergehende, aber auf gerade entgegengesetztem Wege, statt durch Zersetzen durch Verbinden und Zusammendrängen. Sie ist keine specifisch juristische Operation, sondern die allgemein logische der Abstraction eines Princips aus gegebenen Einzelheiten, die Substituirung einer andern, intensiveren logischen Ausdrucksform.

Wir können die Aufgabe in etwas anderer Weise auch so fassen: es handelt sich hier um die Zusammendrängung des äußeren Volumens einer Masse Rechtsstoff, die das positive Recht für irgend ein bestimmtes Rechtsverhältniß producirt hat. Dies Volumen bestimmt sich nicht bloß oder auch nur vorzugsweise nach der Wichtigkeit des Verhältnisses, nach der Menge von Fragen, die bei demselben zu beantworten sind, kurz nach einem objectiven Moment, sondern eben sowohl nach dem rein subjec-

---

dieser ungesunden Richtung der Wissenschaft muthig entgegen getreten ist, hat darauf den Vers gemacht:

Was man nicht definiren kann,
Das sieht man als organisch an.

Ich meinerseits habe es mir zum Gesetz gemacht, den Ausdruck organisch, wo ich nur kann, zu vermeiden.

Digitized by Google

tiven Moment der Geschicklichkeit des Antwortenden. Wer es versteht, richtet mit einem Wort ebenso viel aus als ein Anderer mit hundert.

Kürze ist eine der unschätzbarsten Eigenschaften des Gesetzgebers. Die Kürze liegt aber nicht in der kleinen Zahl der Worte, die das Gesetz zählt, sondern in der Intensivität, der Tragweite der ausgesprochenen Gedanken. Wir können uns denken, daß dasselbe Verhältniß, zu dessen legislativer Gestaltung dieses Gesetz eine Menge einzelner, auf keinem gemeinsamen Gedanken beruhender Bestimmungen erlassen hat (casuistische Gestaltung), in einem andern Gesetzbuch mittelst eines einzigen Princips ganz erschöpfend normirt ist (principielle Gestaltung). Bei jener ersten Art ist der Jurisprudenz die Möglichkeit einer Concentrirung des Stoffs versagt;[502]) Einzelheiten, die keinem Princip entstammen, lassen sich auch nicht auf ein solches zurückführen. Ebenso wenig aber würde ihr diese Möglichkeit geboten sein, wenn der Gesetzgeber selber das Princip stets in seiner ganz adäquaten Fassung zum Ausdruck brächte; es ist jedoch dafür gesorgt, daß es der Jurisprudenz in dieser Beziehung nicht an Arbeit fehlt.

Die Möglichkeit einer Concentrirung des Stoffs durch die Jurisprudenz setzt voraus, daß der Gesetzgeber ein Princip wirklich gehabt und angewandt hat, ohne dasselbe nur als solches bewußt erkannt und ausgesprochen zu haben. Die Geschichte lehrt uns, daß dies nicht bloß nichts Seltenes, sondern sogar der gewöhnliche Fall ist, und um so weniger kann diese Thatsache bei dem Gesetzgeber befremden, als auch die Jurisprudenz sich nicht selten ganz in demselben Fall befindet; auch bei ihr ist das Gefühl des Richtigen der Erkenntniß regelmäßig weit voraus. So wird es möglich, daß ein Princip des Rechts, bevor es in seiner wahren Gestalt erkannt und ausgesprochen wird, praktisch

502) Dasselbe gilt, wenn der Gesetzgeber die Abstraction eines Princips da, wo sie an sich möglich wäre, ausnahmsweise verboten hat, wie dies z. B. Justinian bei den Enterbungsgründen der Nov. 115 gethan hat.

Digitized by Google

sich schon längst behauptet, ja daß es dann vielleicht bereits seine Geltung wieder eingebüßt hat.

Die einzelnen Rechtssätze, in denen der Gesetzgeber unbewußt ein Princip zur Anwendung bringt, verhalten sich zu letzterem wie einzelne Punkte in der Kreislinie zum Centrum. Das Princip ist der Punkt, den der Gesetzgeber sucht, aber so lange es ihm noch nicht gelungen ist sich seiner zu bemächtigen, ist er gezwungen, denselben nur zu umkreisen, ihn mittelst einzelner casuistischer Bestimmungen zu umschreiben. Ebenso wie er, irrt auch die Wissenschaft, bevor sie das Centrum gefunden hat, in der Peripherie herum; je weiter letztere vom Centrum abliegt, desto länger der Weg, den sie zurücklegt, d. h. desto breiter, complicirter die Darstellung des betreffenden Gegenstandes. Mit jedem Schritt, um den sie sich dem Centrum nähert, wird der Kreis enger, der Weg kürzer, d. h. nimmt die Zahl ihrer Lehrsätze ab, der Gehalt zu, bis sie im Centrum selber die ganze Masse des Stoffs in einem einzigen Gedanken zu ergreifen im Stande ist.

Aber nicht bloß die Concentrirung des bereits vorhandenen Stoffs ist es, was die schließliche Auffindung des Princips für die Wissenschaft so wichtig macht, sondern es gesellt sich noch der Vortheil hinzu, daß in dem gefundenen und erkannten Princip zugleich eine Quelle neuer Rechtssätze erschlossen wird. Das sind nämlich alle bisher noch nicht zum Bewußtsein gekommenen Consequenzen desselben. Zur vollen Entfaltung seiner logischen Kraft, zur Entlassung des ganzen Reichthums des Details, das er in sich birgt, gelangt jeder Gedanke erst dann, wenn er in seiner wahren Gestalt bewußt erkannt ist.

Der von uns gewählte Vergleich der Abstraction des Princips mit der Auffindung des Centrums bei gegebener Peripherie könnte leicht zu dem Glauben verleiten, als sei diese Operation eine höchst einfache. Allein, wenn ich im Bilde bleiben soll, so ist zunächst die Peripherie beim Gesetz keineswegs immer eine regelmäßige, es kommen vielmehr Abweichungen vor, die auf eine

Digitized by Google

falsche Bahn locken können, und sodann tragen die einzelnen Rechtssätze, selbst wenn sie in der That einem einzigen Princip entstammen, nicht immer ihre Abstammung und Verwandtschaft offen zur Schau, ja sie können umgekehrt einer unbefangenen Betrachtung so heterogen erscheinen, daß der Gedanke an ihre Zusammengehörigkeit gar keinen Raum findet. Was hat z. B. die hereditatis petitio mit den possessorischen Interdicten zu thun? Und doch beruhen beide auf einer und derselben Idee.[502a]) Für die Ersitzung gilt die Regel, daß sie schon mit dem Anfang, für die Verjährung, daß sie erst mit dem Ende des letzten Tages beendet ist. Scheinbar zwei ganz verschiedene Regeln in Wirklichkeit aber nur Ausflüsse eines und desselben Gedankens.

Die meisten Schwierigkeiten aber dürfte die Aufgabe in dem Fall in sich schließen, wenn der Gesetzgeber das Princip theilweise beachtet, theilweise verlassen hat. Von vornherein wissen wir nicht, ob dies geschehen, wir werden also zunächst den erfolglosen Versuch unternehmen, das gesammte Material auf ein einziges Princip zurückzuführen. Aber angenommen, wir haben uns nach längerem Abmühen überzeugt, daß dies nicht möglich ist, daß sich hier vielmehr zwei Gedanken kreuzen, von denen der eine die Regel, der andere die Ausnahme in sich schließt — welcher von beiden enthält die Regel, welcher die Ausnahme,[502b]) und ist überhaupt noch an Eine Regel zu denken, oder ist das Ganze vielleicht nicht seiner primären Anlage nach zwiespältig?

Es ist auch der entgegengesetzte Fall möglich, daß eine Bestimmung sich fälschlich als Ausnahme gibt, die es in der That nicht ist, die sich vielmehr durch eine richtigere Fassung des Princips beseitigen läßt.[502c]) Ja es ist sogar nicht ungewöhnlich, daß

502a) S. meine Schrift üb. den Grund d. Besitzesschutzes. Aufl. 2, S. 89.

502b) Als Beispiel diene die Frage, ob Untergang der Obligationen durch sogenannten concursus duarum causarum lucrativarum eine Singularität oder eine Consequenz des Wesens der Obligation enthält, s. darüber Gustav Hartmann, die Obligation S. 5, 6, 13.

502c) Als Beispiel diene die symbolische Tradition des österreichischen Gesetzbuchs, welche sich selber als Ausnahme von den Grundsätzen der regu-

Digitized by Google

ein Rechtssatz *historisch*, d. h. dem *bisherigen* Recht gegenüber eine *wirkliche* Ausnahme einführt, während in Wirklichkeit mit dieser Ausnahme nur das bisherige Princip modificirt worden ist, so daß es also nur einer andern Fassung desselben bedarf, um den scheinbaren Gegensatz von Regel und Ausnahme verschwinden zu machen. So enthält z. B. in meinen Augen die Zulassung des Besitzes bei Kindern, Wahnsinnigen und juristischen Personen Seitens der römischen Jurisprudenz unter der scheinbaren Form einer Ausnahme von einer der obersten Regeln des Besitzes in Wirklichkeit nur den Durchbruch der vollen und wahren Besitzidee.[502d]) *Die Ausnahme ist häufig nur die Form, in der die Regel sich erweitert, vervollkommnet, häutet.* In einem solchen Fall verlockt uns die Geschichte selber zum Irrthum. Jahrhunderte lang figurirt als Regel und Ausnahme, was in der That gemeinschaftlich unter ein und dasselbe höhere Princip fällt. Das Darlehn erforderte ursprünglich, daß der Schuldner unmittelbar vom Gläubiger das Eigenthum erwarb.[503]) Als nun die Praxis in mehreren Punkten diesen Satz verlassen hatte, erschien diese Abweichung der alten Regel gegenüber als Ausnahme, und als solche ward sie auch von den späteren römischen Juristen charakterisirt.[504]) Allein hinter der scheinbaren Ausnahme versteckte sich in Wirklichkeit nur eine wichtige und höchst werthvolle Erweiterung des Darlehnsbegriffs, nämlich die: daß das Darlehn nicht mehr den Übergang seines Gegenstandes aus dem *Eigenthum* des Gebers in das des Nehmers, sondern aus dem *Vermögen* des einen Theils in

---

lären Tradition hinstellt, in Wahrheit aber nur eine Anwendung des richtig erfaßten Traditionsbegriffs ist. S. *Exner*, die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österr. und gemeinem Recht, Wien 1867, S. 213.

502d) S. meine Schrift (Note 502a) S. 88, 156. Dasselbe gilt von der Gestaltung des Pekuliarbesitzes, über welche Papinian in l. 44 § 1 de poss. (41. 2) das Urtheil fällt: utilitatis causa jure singulari receptum est.

503) L. 34 pr. Mand. (17. 1) . . nummi, qui mei erant, tui fiunt.

504) L. 15 de R. Cr. (12. 1) *Singularia* quaedam recepta sunt etc.

Digitized by Google

das des andern enthalte. Verringerung des einen und Vermehrung des andern Vermögens ist aber nicht an einen Eigenthumsvorgang gebunden, der Darleiher hat das Darlehen gegeben, wenn ein Anderer auf seine Rechnung das Geld gegeben hat, und eben so verhält es sich mit dem Empfänger, wenn die Geldsummen auf sein Conto einem Andern gezahlt worden sind. Ein anderes Beispiel gewährt das Aufkommen der Vermögensfähigkeit der Hauskinder. Sie fiel historisch unter den Gesichtspunkt einer Ausnahme, der erste Fall derselben (peculium castrense) enthielt sogar eine so bedeutende Abweichung vom bestehenden Recht, wie kaum ein anderes Beispiel zu finden sein dürfte. Im justinianeischen Recht aber ist die Ausnahme Regel und die Regel Ausnahme geworden, und das dogmatische Resultat läßt sich hier in das Princip fassen: die Kinder sind vermögensfähig, nur dem Vater gegenüber nicht erwerbsfähig.

3. Die juristische Construction.

Die naturhistorische Anschauungsweise des Rechts — der juristische Körper — allgemeine Schilderung desselben — Gewinnung desselben durch die juristische Construction — die drei Gesetze derselben (positives, logisches, ästhetisches) — technischer Werth der naturhistorischen Methode.

XLI. Der Ausdruck: juristische Construction gehört zu den gangbarsten Kunstausdrücken der heutigen Jurisprudenz, während er am Anfang unseres Jahrhunderts noch so gut wie unbekannt war. Jeder gebraucht ihn, und Jeder denkt sich dasselbe dabei, wie alle andern, aber auf die Frage: was ist die juristische Construction, was soll sie, nach welchen Grundsätzen verfährt sie? werden die Wenigsten im Stande sein eine Antwort zu ertheilen. Die Wissenschaft läßt uns in Bezug auf diese Fragen völlig in Stich, sie hat bisher noch nicht den Versuch gemacht, auch nur einmal den Begriff der juristischen Construction zu bestimmen, geschweige denn eine Theorie derselben aufzustellen, die Zwecke,

Digitized by Google

die sie dabei verfolgt, und die Grundsätze, nach denen sie verfährt, darzulegen. Ich meinerseits kann mich dieser Aufgabe nicht entziehen, da ich nur auf diesem Wege den Maßstab zur Beurtheilung der römischen Jurisprudenz gewinnen kann; der gänzliche Mangel aller Vorarbeiten mag es entschuldigen, daß ich mich bei ihr länger verweile, als ich mir sonst verstatten würde.

Die regelmäßige Gestalt, in der das Recht in den Gesetzen zur Erscheinung gelangt, ist die imperativische, d. h. die unmittelbar praktische Form des Verbots oder Gebots. Ob der Ausdruck imperativischer Art ist oder nicht, ist gleichgültig, das Imperativische liegt in der Sache, in dem Munde des Gesetzes hat das „Ist" die Bedeutung des „Seinsollens" (z. B. die Klage ist verjährt in 2 Jahren = soll verjährt sein). Diese Erscheinungsform des Rechts, bei der Form und Inhalt sich noch völlig decken, ist historisch die ursprüngliche, erste. Gegenüber derjenigen, die ihr später gegenüber tritt, bezeichne ich sie als die niedere.

So lange die Jurisprudenz den Stoff in dieser seiner Gestalt beläßt, paßt das Prädicat „nieder" auch auf sie, und ich scheide demgemäß wie zwischen niederer und höherer Erscheinungsform des Rechts, so auch zwischen niederer und höherer Jurisprudenz.

Die Thätigkeit der niederen Jurisprudenz läßt sich mit einem Wort als Interpretiren bezeichnen. Die Aufgabe der Interpretation besteht darin, den Stoff aus (auseinander) zu legen, die scheinbaren Widersprüche zu beseitigen, die Dunkelheiten, Unbestimmtheiten zu heben, den ganzen Inhalt des gesetzgeberischen Willens zu Tage zu fördern, namentlich also auch aus den gegebenen einzelnen Bestimmungen das ihnen zu Grunde liegende Princip und umgekehrt aus dem gegebenen Princip die Consequenzen abzuleiten. Die Interpretation ist keine specifisch juristische Operation — jede Wissenschaft, deren Quellen Urkunden

Digitized by Google

sind, hat zu interpretiren — und darum gewinnt auch der Stoff selbst durch sie keinen eigenthümlich juristischen Charakter. Was immerhin die Jurisprudenz auf diese Weise zu Tage fördern möge: es ist nichts *specifisch* Neues, sondern immer nur die ursprüngliche Rechtssubstanz, nur auseinander gelegt.

Mit der Interpretation hat die Jurisprudenz nun nicht bloß überall begonnen, sondern zu jeder Zeit muß sie die erste Operation sein, welche die Jurisprudenz an dem gesetzlichen Rohstoff vornimmt. Um zu construiren, muß sie erst interpretiren; die niedere Jurisprudenz ist die nothwendige Vorstufe der höheren.

Aber sie ist nur eine Vorstufe, und die Jurisprudenz soll nicht länger auf ihr verweilen als nöthig ist. Erst auf der höheren Stufe wird ihre Aufgabe und Methode eine specifisch juristische, erst hier gewinnt sie ihren eigenthümlichen wissenschaftlichen Charakter, der sie von allen andern Wissenschaften unterscheidet.

Die Gränzlinie zwischen der niederen und höheren Jurisprudenz läßt sich, wenn auch nicht im einzelnen Fall, so doch im Begriff ganz scharf abstecken. Sie hängt zusammen mit einer eigenthümlichen Anschauungsweise des Rechts, welche ich die *naturhistorische* nennen möchte. Aber nicht mit dem bloßen unthätigen Besitz derselben, sondern mit ihrer energischen und consequenten Verwirklichung. Ob jene Anschauungsweise eine künstliche oder natürliche, eine nahe oder fernliegende ist, darüber will ich nicht rechten. Will man sie zu derjenigen, durch welche sich die *niedere* Jurisprudenz bei der Bearbeitung des Stoffs leiten läßt, mit zwei Worten in Gegensatz stellen, so sind es die Worte: *Rechtsinstitut*, *Rechtsbegriff* auf der einen und *Rechtssätze*, *Rechtsprincipien* auf der andern Seite. Das Rechtsinstitut ist kein bloßes Conglomerat von einzelnen Rechtssätzen, die sich auf dasselbe Verhältniß beziehen, sondern etwas wesentlich von ihnen Verschiedenes. Die Rechtssätze sind Stoff, Gedankenmasse, sie haben nur substantielles Dasein; die Rechtsinstitute dagegen sind Existenzen, logische Individualitäten,

Digitized by Google

juristische Wesen, wir erfassen und erfüllen sie mit der Vorstellung des individuellen Seins und Lebens. Sie entstehen, gehen unter, wirken, treten in Conflict mit anderen, sie haben ihre Aufgaben, Zwecke, denen sie dienstbar sind, und dem entsprechend ihre eigenthümlichen Kräfte und Eigenschaften u. s. w. Ich würde sie, um dem Leser die Vorstellung des Seins und Lebens derselben stets gegenwärtig zu halten, gern juristische Wesen nennen, wenn der Ausdruck nicht zu gesucht erschiene. Ich werde daher lieber den Ausdruck *juristische* oder *Rechts-Körper*[506]) wählen (im Gegensatz zur bloßen Rechtssubstanz oder zum Rechtsstoff).

Man könnte von vornherein leicht geneigt sein, die Bedeutung dieser Anschauungsweise recht gering anzuschlagen. Was kann es für einen Unterschied machen, wird Mancher fragen, ob man statt „Rechtssätze über das Eigenthum": „Eigenthumsinstitut" oder „Eigenthum" sagt? Gewiß! Wenn es beim bloßen *Sagen*, d. h. einem unthätigen Besitz jener Vorstellung sein Bewenden behält, so hat sie gar keinen Werth. Es ist der Keim, der träge und todt in der Erde liegt, der aber, wenn er erschlossen wird, eine totale Umgestaltung im Recht zu bewerkstelligen im Stande ist. Sache der Jurisprudenz ist es, diesen Keim zu erschließen und zur vollen Entfaltung zu bringen, d. h. den gesammten Rechtsstoff im Sinne jener Auffassungsweise zu gestalten, den Gesichtspunkt eines individuellen Seins und Lebens des juristischen Körpers in seiner vollen Consequenz zu verwirklichen.

Wie kann die Anlegung und Durchführung eines bloßen Gesichtspunktes solche Wunder thun? Dieser Zweifel wäre durchaus berechtigt, wenn der Gesichtspunkt bloß eine andere Art der

506) Die obige Auffassung, derentwegen ich hart angelassen worden bin, stammt nicht erst von mir, ich habe sie nur zuerst consequent entwickelt, dagegen finden sich Anklänge an sie längst vor mir bei Anderen z. B. bei *Savigny* Über den Beruf unserer Zeit u. s. w. Aufl. 3, S. 29: „Die *Begriffe* sind den röm. Juristen *wirkliche Wesen* gewesen, deren Dasein und Genealogie ihnen durch langen vertrauten Umgang bekannt geworden ist."

Digitized by Google

Betrachtung des Gegenſtandes enthielte, ihn uns nur in anderer Beleuchtung, in einem helleren Licht zeigte. Allein ſeine Wirkung gleicht nicht der des Lichts, das den Körper bloß erhellt, ſondern der der Wärme, die ihn aus dem feſten Zuſtand in den tropfbar flüſſigen verſetzt. Der Rechtsſtoff, der in ſeiner primären ſpröden Geſtalt der Kunſt des Juriſten die engſten Gränzen zieht, wird durch jenen Geſichtspunkt ſo zu ſagen in Fluß und dadurch in einen Zuſtand verſetzt, in dem er ſich formen und geſtalten läßt, und in dem die verborgenen Kräfte und Eigenſchaften, die in ihm ruhen, geweckt und zur Action genöthigt werden. Die naturhiſtoriſche Methode bedeutet die Erhebung des Rechtsſtoffes in einen höhern Aggregatzuſtand.

Dieſe Erhebung des Stoffs iſt zugleich die Erhebung der Jurisprudenz ſelbſt. Von einer Laſtträgerin des Geſetzgebers, einer Sammlerin poſitiver Einzelheiten ſchwingt ſie ſich auf zur freien Kunſt und Wiſſenſchaft; zu einer Kunſt, die den Stoff künſtleriſch bildet, geſtaltet, ihm Leben einhaucht, zu einer Wiſſenſchaft, die trotz des Poſitiven in ihrem Gegenſtande ſich als Naturwiſſenſchaft auf geiſtigem Gebiet bezeichnen läßt. Dieſer Vergleich iſt keine müßige Spielerei; denn es gibt, wie aus dem Verlauf der Darſtellung hervorgehen wird, keinen Ausdruck, der das Weſen ihrer Methode ſo zutreffend erfaßte, als den der naturhiſtoriſchen Methode. Auf dieſer Methode beruht das Geheimniß der Jurisprudenz, ihre Macht über den Stoff und ihre Anziehungskraft für den Verſtand.[506a])

506a) Daß die Befriedigung, welche die Jurisprudenz dem bloßen Verſtande gewährt, nicht das höchſte iſt, iſt mir je länger je mehr klar geworden, und ich habe die Spuren der Überſchätzung der logiſchen Seite des Rechts, welche die erſte Auflage an ſich trug, möglichſt zu tilgen geſucht. Über dem bloß Formalen der juriſtiſchen Logik ſteht als Höheres und Höchſtes die ſubſtantielle Idee der Gerechtigkeit und Sittlichkeit, und eine Vertiefung in ſie, d. h. wie ſie in den einzelnen Rechtsinſtituten und Rechtsſätzen zum Ausdruck und zur Verwirklichung gelangt, iſt nach meinem Dafürhalten die ſchönſte und erhabenſte Aufgabe, welche die Wiſſenſchaft ſich ſtellen kann. Mein Werk: „Der Zweck im Recht“ iſt der Löſung dieſer Aufgabe gewidmet.

Digitized by Google

Vergegenwärtigen wir uns die Consequenzen, welche diese Anschauungsweise für die Behandlung des Stoffs nach sich zieht.

Der juristische Körper.

An die Annahme eines Seins knüpft sich mit Nothwendigkeit die Frage nach dem Anfange und Ende desselben (Entstehungs- und Endigungsarten der Rechtsverhältnisse), an die Annahme eines Körpers die Frage nach seiner Natur, Beschaffenheit, Bestimmung, seinen Kräften, Eigenschaften, seiner Ähnlichkeit und Verschiedenheit von andern Körpern, den Verbindungen, die er mit ihnen eingehen, oder den Conflicten, in die er mit ihnen gerathen kann. Ich will die hauptsächlichsten Punkte, auf die es hier ankommt, hervorheben.[507])

---

507) Ich gebe gleich hier einiges Quellenmaterial, das der Leser für die folgende Darstellung benutzen kann. Der Rechtskörper hat in der Sprache der römischen Juristen seine bestimmte Natur: natura z. B. die Servitut L. 32 § 1 de S. P. U. (8. 2), die habitatio L. 13 Cod. de usufr. (3. 33), die Emphyteuse § 3 I. de loc. (3. 25), die Obligation L. 2 § 1 de V. O. (45. 1), die Correalobligation L. 5. i. f. de fidej. (46. 1), das Depositum L. 24 Dep. (16. 3), die Dos Tit. Cod. de rei uxoriae actione .. et de natura dotibus praestita (5. 13), die Frucht L. 69 de usufr. (7. 1); auch wohl causa L. 24 § 21 de fid. lib. (40. 5), sein bestimmtes Wesen: substantia z. B. die Obligationen L. 3 de O. et A. (44. 7), L. 6 Cod. si cert. (4. 2), L. 5 de fid. (46. 1), der Kaufcontract L. 3 Cod. de cont. emt. (4. 38), L. 72 pr. D. ibid. (18. 1). Er hat eine bestimmte Macht und Kraft: potestas z. B. die Klage L. 47 § 1 de neg. gest. (3. 5), L. 11 § 1 de act. emt. (19. 1), die Obligation L. 13 de duob. reis (45. 2), oder effectus L. 47 § 1 cit., einen status L. 9 § 1 de duob. reis (45. 2). Andere Beispiele bei Kuntze, Wendepunkt der Rechtswissenschaft, Leipzig 1856. S. 75 z. B. obligatio nascitur, in pendenti est, consumitur, vires ex praesenti accipit, confunditur. Diese Natur und Kraft ist ein praktischer Begriff, es werden daraus z. B. in den obigen Stellen folgende Folgerungen abgeleitet: daß die Servitut nicht besessen, gewisse Obligationen nicht getheilt werden können, daß gewisse Verabredungen als gegen das Wesen des Vertrags (des Depositums, der Correalobligation) verstoßend ungültig sind, daß das Eigenthum erlischt u. s. w. Als Beispiel für die Art, wie die römischen Juristen mit dieser Anschauung des juristischen Körpers operiren,

Digitized by Google

1. Begriff, Structur. Die erste Aufgabe bei der Untersuchung des juristischen Körpers besteht in der Frage: was ist er, ist er ein selbständiger Körper, oder läßt er sich auf einen andern zurückführen? [508]) Es wiederholt sich hier für uns das Gesetz der juristischen Analyse, keinen Körper als selbständig anzuerkennen, der sich aus einem oder mehreren andern herstellen läßt.

Die Angabe dessen, was der Körper ist, ist gleichbedeutend mit dem Begriff desselben, der Begriff „begreift", d. h. ergreift ihn in seiner Wesenheit, er „definirt" ihn, d. h. gränzt ihn von andern ab, gibt ihm ein logisches „Für sich sein". Der Begriff enthält also die logische Quintessenz des Körpers, seinen innersten Kern oder Individualitätspunkt, in ihm muß die ganze Kraft des Körpers beschlossen liegen, alles und jedes, was an und mit ihm vorgeht, muß sich mit dem Begriff vertragen. Eine Begriffsbestimmung ist daher im Grunde nicht das Erste, sondern als formelle Redaction oder Concentrirung der gefundenen Resultate erst möglich, nachdem die Untersuchung des Körpers vollständig abgeschlossen ist; Trendelenburg nennt die Begriffsbestimmung ganz treffend das Monogramm des logischen Verstandes. Uebrigens verwechsele man nicht die Anschauung und Formulirung des Begriffs. Die Anschauung kann eine durchaus richtige

---

möge statt vieler anderen L. 14 § 1 de novat. (46. 2) dienen. Ein Nichtjurist würde die Entscheidung des Verhältnisses, das der Jurist hier vor Augen hat (unbedingte Novation einer bedingten Forderung), lediglich auf den Willen der Parteien stellen, der Jurist dagegen entnimmt sie dem Verhältniß der gegenseitigen Einwirkung der beiden Obligationen, er untersucht, wie und wann die eine durch die andere afficirt wird. Andere charakteristische Beispiele s. in L. 3 § 9 de adim. leg. (34. 4.), L. 34 § 11. 12 de leg. I. (30), L. 27 § 2 de pact. (2. 14), L. 5 de fidej. (46. 1).

508) Als Beispiel aus dem heutigen Recht nenne ich die sogenannte Genossenschaft; ist sie ein eigenthümlicher juristischer Begriff oder eine modificirte Societät oder eine juristische Person? Als Beispiel aus dem römischen Recht diene die Zurückführung der traditio brevi manu, des constitutum possessorium, des Erwerbs der Früchte von Seiten des Pächters, des jactus missilium auf die Tradition.

Digitized by Google

sein, während die Formulirung, die Definition mißlungen ist. So operiren die römischen Juristen mit ihren Begriffen mit größter Sicherheit, obschon ihre Definitionen, wie sie selbst zugestehen,[509]) nicht selten durchaus ungenügend sind.

Der Begriff also erfaßt den Körper in dem, was er *ist*. Allein worin liegt dies „Ist"? Man könnte meinen in dem *Zweckmoment*, denn die praktische Aufgabe, die er zu lösen habe, enthalte den Grund, warum er überhaupt existire, warum er gerade so und nicht anders sei, kurz seinen logischen Schlüssel. Ich will nun allerdings nicht läugnen, daß das Zweckmoment für das (ich meine nicht bloß rechtsphilosophische, sondern auch praktisch-juristische) Verständniß des Instituts höchst wichtig, ja unerläßlich ist;[510]) was ich bestreite ist nur, daß die *juristische* Theorie darnach *definiren* darf.[511]) Ist denn aber z. B. die Definition des Depositums und Commodats als Hingabe zum *Zweck* der Aufbewahrung und Benutzung eine fehlerhafte? Gewiß nicht, aber auch nur aus dem Grunde, weil hier das Wort Zweck nur ein anderer Ausdruck für *Inhalt* ist. Hingabe zum *Zweck der*

---

509) L. 202 de R. J. (50. 17).

510) In unserem juristischen Unterricht könnte und müßte es in viel höherem Grade berücksichtigt werden, als es gewöhnlich geschieht, namentlich rücksichtlich so mancher römischen Einrichtungen, die unserem heutigen Verständniß ferner liegen. Die römischen Juristen heben das Zweckmoment nur selten hervor (als Beispiel diene die Usucapio, *Savigny* System Bd. 5, S. 268 Note e), weil es Demjenigen, der mitten im Leben steht, ganz geläufig ist.

511) Als bekanntes Beispiel einer solchen *teleologischen* Definition nenne ich die Einert'sche Definition des Wechsels als kaufmännischen Papiergeldes; sie charakterisirt bloß die hauptsächlichste praktische Verwendung des Wechsels, nicht seine juristische Natur. *Ontologisch* definirt ist der Wechsel ein von seiner causa abgelöstes Geldversprechen, oder, um mit Thöl zu reden, ein Summenversprechen. So wird der Jurist den Begriff des Bannrechts stets auf das jus prohibendi zu stellen haben, ohne damit die Hervorhebung des Zweckmoments: der vermittelst dieses jus prohibendi bezweckten Sicherung des Geschäftsbetriebes für entbehrlich zu erklären.

Digitized by Google

Aufbewahrung oder Benutzung heißt hier nichts als Hingabe mit der Verpflichtung zur Aufbewahrung, mit dem Recht der Benutzung. Wo wir aber den Ausdruck in seinem rechten Sinn gebrauchen, meinen wir mit dem „Zweck" des Instituts etwas dem Inhalt Entgegengesetztes, etwas Höheres, außer ihm Liegendes, zu dem letzterer selbst sich nur als Mittel verhält. Ist nun aber unsere Wissenschaft nur eine Theorie der Mittel, so zu sagen der materia medica, die das Recht für die Zwecke des Lebens in Bereitschaft hat, so müssen wir die Mittel nach Momenten, die ihnen immanent sind, bestimmen, ganz abgesehen davon, daß eine Bestimmung derselben nach Zwecken, wenn vielleicht auch bei einzelnen denkbar, im allgemeinen unausführbar sein würde.[512]) Denn nicht bloß sind diese Zwecke etwas höchst unbestimmtes, schwankendes und durchkreuzen sich in einer oft unentwirrbaren Weise, ändern und wechseln, ohne daß mit dem Institut selbst die geringste Veränderung vor sich geht, sondern es gibt auch eine ansehnliche Zahl von Rechtskörpern, bei denen ein Zweck überhaupt gar nicht angegeben werden kann, da sie nicht einem praktischen Bedürfniß (utilitas), sondern nur der juristischen Consequenz oder Nothwendigkeit (ratio juris) ihren Ursprung verdanken, nur existiren, weil sie nicht nicht-existiren können. Definiren aber darf man nur nach einem Moment, nach dem man auch classificiren kann; ein Gesichtspunkt, der für die Bestimmung sämmtlicher Körper oder die Systematik des Ganzen ungeeignet ist, ist es auch für die Bestimmung des einzelnen. Wir definiren den Körper also nicht nach dem, was er soll oder was er leistet, sondern nach seiner Structur, seinen anatomischen Momenten. Solche Momente sind z. B. Subject, Object, Inhalt, Wirkung, Klage. Den Hauptgegenstand unserer Definitio-

512) Wo sollte z. B. die Vormundschaft ihren Platz finden? Wo der Ususfructus? Wäre der Zweck das maßgebende Moment, so müßten der Pachtcontract, die Emphyteusis und der Ususfructus an Grundstücken an einer Stelle zusammengestellt werden!

Digitized by Google

nen bilden die Rechte im subjectiven Sinn, und an ihnen will ich die Aufgabe und die Methode veranschaulichen.

Bei jedem Recht kommt zunächst in Betracht das *Subject*. Die Bestimmung der Frage, *wer* juristisch als Subject anzusehen, und wie das Verhältniß zwischen Subject einerseits und dem Gegenstand und Inhalt des Rechts andererseits gedacht werden soll, kann oft mit großen Schwierigkeiten verknüpft sein. Dies namentlich dann, wenn entweder die Verbindung des Subjects mit dem Gegenstand keine unmittelbare ist, sondern durch irgend ein Verhältniß, wie z. B. bei der Prädialservitut durch das praed. dominans, bei Obligationen auf den Inhaber durch das Papier vermittelt wird, oder wenn bei einem und demselben Recht mehrere Berechtigte concurriren, sei es so, daß sie sich theilen sollen, oder so, daß Einer von ihnen das Ganze haben soll. Für den ersten Fall ist die einfachste Form die einer Theilung des Rechts nach Zahl der Personen (z. B. beim Mitbesitz, Miteigenthum, bei der Obligation); hier drückt sich die Thatsache der Vielheit der Personen im Innern des *Rechts* selbst aus, es spaltet sich das Recht in so viele Theile, als Personen da sind. Aber selbst bei dieser einfachsten Form des Verhältnisses kann man darüber streiten, wie man sich jenen innern Vorgang — soll ich sagen naturhistorisch, sinnlich oder juristisch? — zu denken habe, z. B. beim Miteigenthum als eine atomistische Theilung der *Sache* oder als Theilung des *Rechts* oder richtiger des *Inhalts* des Rechts. Eine andere Form für dies Verhältniß einer nicht-solidarischen Concurrenz gewährt die juristische Person. Letztere ist nicht selbst der Destinatär der Rechte, die sie hat, sondern dies sind die physischen Personen, die, so zu sagen, hinter ihr stehen, und für die sie nur den technisch-nothwendigen Stellvertreter (Rechtsträger) abgibt, sei es ein geschlossener Kreis von Individuen (universitas personarum) oder eine unbestimmte Vielheit (universitas bonorum, bei einem Hospital z. B. die Kranken, bei einer Kunstanstalt die Kunstfreunde). Sie ist (wenigstens ihrer *privatrechtlichen* Bedeutung nach) nur ein

Digitized by Google

technisches Instrument, um den Mangel der Bestimmtheit der Subjecte unschädlich zu machen.[513])

Für den zweiten oben genannten Fall der subjectiven Concurrenz (der solidarischen Berechtigung) bieten uns die solidarischen Obligationen im engeren Sinn und die Correalobligationen ein bekanntes Beispiel. Die Structurfrage lautet hier so: haben wir uns das Verhältniß als zwei Obligationen mit demselben Inhalt oder als eine Obligation mit zwei Subjecten vorzustellen?

Als Beispiel für die richtige Feststellung des Gegenstandes des Rechts nenne ich das Erbrecht und die Obligation, da für beide die Ansichten vorzugsweise auseinander gehen. Ist beim Erbrecht die Masse der einzelnen Rechtsverhältnisse oder die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers der Gegenstand? Ist es bei der Obligation der Schuldner, dessen Wille, oder die zukünftige Handlung? Auch für den Inhalt kann die Obligation uns insofern ein Beispiel darbieten, als man gefragt hat, ob das Recht des Gläubigers auf die Handlung oder auf deren Geldwerth gehe? Bei den Servituten streitet man ebenfalls über die Bestimmung des Inhalts, nämlich ob sie abgelöste Eigenthumsbefugnisse oder bloß Beschränkungen des Eigenthums enthalten.

Zur Frage von der Structur der Rechte gehört auch das Accessionsverhältniß derselben zu anderen Rechten, so. z. B. die Abhängigkeit des Pfandrechts von der Forderung, der Verzugszinsen von der Principalobligation, der Prädialservitut vom herrschenden Grundstück. Sodann die Frage vom Verhältniß der Klage zum Recht; läßt sie sich von letzterem trennen, und was bedeutet die Übertragung der Klage ohne das Recht? ist sie ein Zusatz zu letzterem, oder letzteres selber in seiner processualischen Gestalt u. s. w.?

513) Auch bei der hered. jac. fungirt sie in dieser Weise, auch hier nämlich ist das Subject noch unbestimmt, auch hier also ist sie nur ein Mittelglied zwischen der physischen Person und dem Vermögen. Ich komme auf den obigen Gesichtspunkt später zurück, s. B. 4 § 55, 61.

Digitized by Google

Die übrigen Momente des juristischen Körpers, denen ich mich jetzt zuwende, hängen mit dem so eben entwickelten und unter sich so eng zusammen, und rücksichtlich mancher Punkte, die im Folgenden erwähnt werden sollen, ist es so willkürlich und gleichgültig, ob man sie unter diesen oder jenen Gesichtspunkt bringt, daß ich nur aus Rücksicht auf den Leser, um ihm einige Hauptanhaltspunkte zu gewähren, mich zu einer Sonderung derselben entschlossen habe.

2. Eigenschaften und Kräfte des juristischen Körpers. Ich nenne beispielsweise die Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Rechte, die Expansionskraft derselben, das Accrescenzrecht beim Eigenthum, Ususfructus, Erbrecht (das Recht dehnt sich dabei, so zu sagen, aus über einen leer gewordenen Raum), die Trennbarkeit und Untrennbarkeit von der Person (Abhängigkeit vom Leben derselben, Möglichkeit der Übertragung auf Andere u. s. w.), die Möglichkeit einer solidarischen Vervielfältigung des Rechts an demselben Gegenstand (sei es neben einander, sei es hinter einander z. B. beim Pfandrecht), die Möglichkeit einer Beschränkung oder Verminderung des regulären Inhalts des Rechts (Elasticität; fester Theil des Rechtsgeschäfts: essentialia negotii, beweglicher Theil: naturalia und accidentalia).

3. Phänomene im Leben des Körpers. Dahin gehören vor allen die beiden, welche die Existenz des Körpers selbst betreffen: die Entstehung und der Untergang. Die Existenzfrage erledigt sich aber nicht bloß durch eine Angabe der verschiedenen Entstehungs- und Endigungsarten — dies ist mehr die concrete, specielle Partie der Aufgabe — sondern sie schließt eine Reihe allgemeiner Erörterungen in sich. Dahin zählen z. B. der Zustand der Unentschiedenheit des Seins (Pendenz; nicht bloß bei Bedingungen, sondern auch in vielen anderen Verhältnissen); die Frage von der ewigen oder vorübergehenden Dauer eines Rechtsverhältnisses, die so wichtige Datumsfrage (z. B. wann gilt das Geschäft als abgeschlossen, wann der Verschollene als verstorben, wann ist die actio nata? auf sie bezieht sich auch die rückwirkende

Digitized by Google

Kraft der Bedingung und der Ratihabition), Zwischenraum zwischen dem Begründungsact und der Entstehung des Rechts (anticipirte Abschließung des Geschäfts vor Eintritt seiner Requisite, z. B. beim Pfandrecht vor Entstehung der Forderung); oder Zwischenraum zwischen der Entstehung und der Wirksamkeit (dies), dauernde oder vorübergehende Lähmung der Rechte (exceptio peremtoria und dilatoria); theilweiser Untergang, Wiederherstellung des Untergegangenen, Metamorphose, Übergang in andere Verhältnisse, Einfluß des Untergangs der Klage auf das Recht (Verschiedenheit beim Eigenthum und bei der Obligation), des Wegfalls der Forderung auf die Gegenforderung ꝛc.

4. Verhalten zu andern Körpern. Unverträglichkeit gewisser Körper mit andern (z. B. der patria potestas und tutela, der testamentarischen und Intestaterbfolge, Unanwendbarkeit des Besitzes auf die Obligation), Verträglichkeit anderer (z. B. des Besitzes und der Servitut, d. h. Quasibesitz), Zusammentreffen derselben an demselben Object oder demselben Verhältniß und Conflict derselben (z. B. des Eigenthums und der Obligation, d. h. der reivindicatio und der exceptio rei vend. et traditae, des Eigenthums und Pfandrechts, Einfluß der Concurrenz der Klagen), Wegfallen des einen Körpers und Einwirkung dieses Umstandes auf den andern (z. B. Ausfall des vorstehenden Pfandrechts, Dereliction des praedium serviens oder dominans, Einfluß dieser Thatsache auf das nachstehende Pfandrecht oder die Servitut).

Die letzte Consequenz der naturwissenschaftlichen Methode und die Spitze der ganzen Aufgabe ist

5. die systematische Classification der Rechtskörper oder das System. Diesen Punkt habe ich schon oben berührt (S. 330).

Digitized by Google

Die juristische Construction und ihre Gesetze.

Die ganze bisherige Darstellung hatte im Grunde nur einen vorbereitenden Zweck, dem Leser nämlich eine Anschauung von den Gegenständen und Aufgaben der naturhistorischen Methode, oder, was dasselbe sagt, eine Anschauung des juristischen Körpers zu gewähren.

Ich hoffe, daß es keiner Rechtfertigung bedürfen wird, warum ich mich bei diesem Punkt so lange aufgehalten habe, verhältnißmäßig länger, als ich es bei der Hauptaufgabe, zu der ich jetzt übergehe, thun werde. Jene Anschauung war die unerläßliche Vorbedingung zum Verständniß des Folgenden; versehen mit ihr wird der Leser manches, was ich im Folgenden genöthigt bin nur kurz anzudeuten, zu ergänzen vermögen. Wir sind an dem Punkt angelangt, um zu dem Ausgangspunkt des Paragraphen: der juristischen Construction zurückzukehren und sie mit Einem Wort definiren zu können, nämlich als Gestaltung des Rechtsstoffs im Sinn der naturhistorischen Methode. Die juristische Construction ist, so zu sagen, die bildende Kunst der Jurisprudenz, ihr Gegenstand, ihr Ziel ist der juristische Körper. Jede Arbeit, die sich auf ihn bezieht, insofern sie gestaltender Art ist, möge sie im übrigen den Körper in seiner Totalität zum Gegenstande haben, ihn erst als solchen ins Leben rufen, oder bloß adminiculirender Art sein, einzelne Vorgänge im Leben des Körpers erklären, scheinbare Widersprüche des Einzelnen gegen den Grundbegriff beseitigen, kurz, wie immerhin sie auch sei, wenn sie nur die Structur des Körpers zum Gegenstand hat, fällt unter den Begriff der juristischen Construction. Ich habe die Beschränkung hinzugefügt: insofern sie gestaltender Art ist. Den Gegensatz dazu bildet die rein receptive Bearbeitung desselben, d. h. das bloße Operiren mit den von der Construction aufgestellten Gesichtspunkten, die Erschließung der mittelbar bereits gegebenen Consequenzen; wenigstens bezieht der Sprachgebrauch unsern Ausdruck nur auf die erste Art der Thätigkeit. Jene ist eine

Digitized by Google

künstlerische Production, denn sie schafft etwas Neues, was bisher nicht da war, sie ist ein Erfinden,[514]) letztere hingegen ist nur ein consecutives logisches Denken.

Wir unterziehen die juristische Construction jetzt einer nähern Betrachtung, und zwar erörtern wir zunächst ihre Gesetze.

Die Construction bezweckt die kunstgerechte Gestaltung des juristischen Körpers. Worin besteht nun das Kunstgerechte, d. h. welche Rücksichten, Regeln hat sie dabei zu beobachten, kurz was sind ihre Gesetze? Ich nehme folgende an.

1. Das Gesetz der Deckung des positiven Stoffs. Die positiven Rechtssätze sind die gegebenen Punkte, durch welche die juristische Construction ihre Constructionslinie hindurch legen muß; im übrigen ist sie dabei völlig frei, die eignen Constructionen des Gesetzgebers besitzen für sie keine verpflichtende Kraft. Der Gesetzgeber soll nicht construiren, er greift damit in die

514) Damit ist zugleich ausgesprochen, daß sie weniger Sache des Fleißes und der Gelehrsamkeit als des Talents und der Intuition ist. Nirgends verwerthet sich die Arbeit so gut und so schlecht je nach dem Erfolg, den sie hat, als hier. Eine gelungene Construction ist in meinen Augen eine juristische That, eine Leistung von bleibendem Werth, eine mißlungene ist absolut werthlos, die Arbeit völlig verloren. Niemand, der sich an eine solche Aufgabe wagt, sollte sich verhehlen, daß er Lotterie spielt; auf einen Treffer fallen hier, wie die Erfahrung lehrt, hundert Nieten. Die Schwierigkeit und das Verdienstliche derartiger Leistungen wird im allgemeinen viel zu wenig anerkannt. Es beruht dies vielleicht darauf, daß, während der eigentlich gelehrten Arbeit stets der Schweiß anklebt, man einer derartigen Leistung von all' der Mühe und Anstrengung, die ihr vorhergegangen, nichts ansieht und daher nur zu leicht geneigt ist, in dem, was die Frucht langjährigen Suchens war, das mühelose Geschenk einer glücklichen Stunde zu erblicken. Ein einziges Wort kann hier oft die Lösung geben, und wenn das Wort ausgesprochen, erscheint die Sache so natürlich und einfach, daß Jeder es hätte finden können — das Ei des Columbus. Man wird unwillkürlich an die Lösung eines Räthsels erinnert, das bekanntlich ebenfalls ganz anders aussieht, je nachdem man die Lösung kennt oder erst sucht. Daß unsere civilistischen Räthsel nicht so leicht zu rathen sind, kann man schon daraus entnehmen, daß unsere heutige Jurisprudenz, vornehmlich die germanistische, sich noch mit einer großen Zahl von Räthseln trägt, für die der Oedipus noch erst zu erwarten steht.

Digitized by Google

Sphäre der Wissenschaft über, entkleidet sich seiner Autorität und Macht als Gesetzgeber und stellt sich mit dem Juristen auf eine Linie. Haben nun zwar aus diesem Grunde die Constructionen des Gesetzgebers keine andere als eine doctrinäre Bedeutung, lassen sie sich mithin jeder Zeit durch die Jurisprudenz berichtigen und beseitigen, so sind sie darum doch nicht weniger bedenklich. Denn es ist erklärlich, daß der Widerspruch gegen sie nicht so leicht rege wird und einen ungleich schwereren Stand hat als gegenüber rein doctrinellen Constructionen.[515]) Auch das Her-

---

515) Ein bekanntes Beispiel einer gesetzlichen Construction aus der früheren Zeit des römischen Rechts liefert die fictio legis Corneliae; aus der späteren Zeit die Bestimmung Zeno's über die selbständige Natur des emphyteuticarischen Contracts. Im allgemeinen aber kann man der römischen Legislation bis auf Justinian den Vorwurf eines solchen Übergreifens in das Gebiet der Wissenschaft nicht machen. Dagegen verfolgt Justinian's ganzes Unternehmen bekanntlich den gerade entgegengesetzten Zweck, seine Institutionen und Pandekten sind Compendien und Gesetzbücher zugleich, und diese Vermischung der Wissenschaft und der Gesetzgebung hat nicht bloß für die moderne Bearbeitung des römischen Rechts in reichem Maße die im Text angedeuteten nachtheiligen Folgen nach sich gezogen, indem die Wissenschaft bei rein wissenschaftlichen Fragen sich durch die Autorität Justinian's hat einschüchtern lassen, sondern das Beispiel des Schulmeisters auf dem Thron oder des Gesetzgebers auf dem Katheder, das Justinian gegeben, hat auch in neueren Gesetzgebungen nur zu willige Nachfolge gefunden. Die Wissenschaft soll dem Kaiser lassen, was des Kaisers ist, aber letzterer auch der Wissenschaft, was der Wissenschaft ist. — In jüngster Zeit ist der Kampf gegen solche von unseren neueren Gesetzbüchern aufgestellten Legalconstructionen von der Wissenschaft energisch aufgenommen, insbesondere auf dem Gebiete des österreichischen Rechts z. B. gegen die Begriffe Ober- und Nutzungseigenthum (Randa der Besitz nach österr. Recht, Aufl. 3, Leipzig 1879 S. 23, Unger System des österr. Privatrechts I S. 608), die Auffassung des Besitzes als eines dinglichen Rechts (Randa S. 48), den Tabularbesitz (derselbe S. 62), den titulus und modus acquirendi (Unger II S. 11), die symbolische Tradition (Randa S. 340, 347, Exner die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österreich. Recht, Wien 1867 S. 167 fl.), die Definition der juristischen Personen (Unger I S. 322—324). In älteren und in neueren Gesetzen ist in dieser Beziehung noch sehr viel zu thun; es gibt nichts verkehrteres, als den Worten, die sie gebrauchen, schlechthin Glauben zu schenken; so gebrauchen

Digitized by Google

kommen oder die Geschichte kann, sofern es sich in Wirklichkeit nur um bloße Constructionen handelt, dabei nicht ins Gewicht fallen. [515a])

Die Jurisprudenz ist also hinsichtlich der künstlerischen Gestaltung des Stoffs vollkommen frei, insofern ihm nur in der Form, die sie ihm verleiht, dieselbe praktische Kraft verbleibt, wie in seiner bisherigen. Es stehen ihr dabei möglicherweise ganz verschiedene Formen zu Gebote. Aus baupolizeilichen Rücksichten untersagte das ältere Recht dem Eigenthümer die Vindication des ohne sein Wissen in ein fremdes Haus verbauten Baumaterials, das ein Anderer in sein Haus verbaut hatte, und verwies ihn statt dessen auf eine persönliche Entschädigungsklage; nach Trennung des Materials, z. B. durch Zusammenstürzen des Hauses, setzte es der Vindication kein Hinderniß entgegen. Dieser Gestaltung des Rechtsverhältnisses konnte man einen verschiedenen juristischen Ausdruck geben, nämlich entweder den, daß das Eigenthum untergehe, späterhin aber wieder aufwache, oder den, daß zwar das Eigenthum fortdauere, allein nur nicht geltend gemacht werden könne, so lange die Verbindung dauere. Letztere Vorstellungsweise verdiente vor ersterer offenbar den Vorzug; denn daß das Eigenthum durch eine eigenmächtige Handlung eines Miteigenthümers verloren gehe, war eben so anstößig, als daß es, einmal untergegangen, späterhin wieder aufwache. Angenommen

---

sie z. B. nicht selten den Ausdruck „Besitz", wo der Anspruch auf Übertragung des Besitzes gemeint ist (Stobbe in meinen Jahrbüchern XII S. 234), so sprechen sie von einem Übergang des Eigenthums an der verkauften Sache mit Abschluß des Kaufs, wo sie dabei nur den Übergang der Gefahr im Auge haben und das „Eigenthum" nur als structuellen Gesichtspunkt zur Begründung dieses letzteren Satzes verwenden.

515a) Ein Beispiel zu der Behauptung gibt die Construction der Spolienklage für den Pächter bei Bruns, Die Besitzklagen S. 243. Dadurch ist freilich nicht ausgeschlossen, daß nicht der Gesichtspunkt, unter den eine Zeit ihre eigenen Einrichtungen gebracht hat (z. B. das Mittelalter das Autonomierecht der Städte und des hohen Adels), für die richtige Auffassung derselben höchst wichtig werden kann.

Digitized by Google

nun, es hätte das Gesetz die letztere Vorstellungsweise adoptirt gehabt, so wäre meiner Ansicht nach die Jurisprudenz durchaus berechtigt gewesen, dieselbe als eine unvollkommene Construction durch die andere zu ersetzen. Beide führten praktisch ganz zu denselben Resultaten, sie waren also nichts als juristische Constructionen, Versuche der Wissenschaft, die praktischen Sätze rationell zu erklären.

Wenn dagegen ein neuerer Rechtsgelehrter [515b]) den im römischen Recht ausgesprochenen Satz, daß die Hälfte des auf fremdem Grund und Boden gefundenen Schatzes dem Grundeigenthümer gehöre, in der Weise mit der Occupationstheorie in Einklang zu bringen versucht, daß der Finder das Eigenthum am ganzen Schatz erwerbe, aber gesetzlich *verpflichtet* sei, die Hälfte an den Grundeigenthümer herauszugeben, so steht *diese* Construction mit unserm obigen Gesetz der Deckung des positiven Stoffs in Widerspruch, denn sie führt zu Resultaten, welche dem positiven Recht nicht entsprechen, z. B. dem, daß der Grundeigenthümer wegen der ihm gebührenden Hälfte nur eine persönliche Klage gegen den Finder haben würde, während das römische Recht, indem es ihm das Miteigenthum an der Hälfte einräumt (»dimidium ipsius« § 39 I. de R. D. 2. 1), ihm damit zugleich eine Klage gegen Dritte gewährt.

2. *Das Gesetz des Nichtwiderspruchs* oder der systematischen Einheit. Ich brauche kaum zu bemerken, daß es sich hier nicht um Widersprüche des Gesetzgebers, sondern um Widersprüche der Wissenschaft mit sich selbst handelt. Die Jurisprudenz ist wie an das Gesetz, so auch an *sich selbst* gebunden, sie darf bei ihren Constructionen nicht mit sich selbst, mit den Begriffen, Lehrsätzen, die sie anderwärts aufgestellt hat, in Widerspruch treten, ihre Constructionen müssen stimmen, sowohl in sich, als unter einander. Ein *Begriff* duldet keine Ausnahme, so wenig, wie ein Körper sich verläugnen, ausnahmsweise etwas

515b) *Puchta* Pandekten § 154.

Digitized by Google

anderes sein kann, als er ist. Läßt sich also eine Lage des Körpers auffinden, die mit dem aufgestellten Begriff unverträglich ist, so fehlt ihm die wissenschaftliche Lebensfähigkeit und das Recht auf Existenz. Ob diese Lage eine ungewöhnliche und praktisch wenig belangreiche ist, relevirt nichts, denn es handelt sich bei der ganzen Aufgabe nicht um ein praktisches, sondern um ein logisches Problem.[516]) Die Probe der Construction besteht darin, daß die Wissenschaft ihren Körper durch alle erdenklichen Lagen hindurchführt, ihn in jede mögliche Verbindung mit andern Körpern bringt, ihn mit jedem ihrer Lehrsätze vergleicht. Erst wenn alles zusammenstimmt, hat er seine Probe bestanden, ist er ächt und wahr. Als Beispiel nehmen wir die Obligation. Fassen wir dieselbe mit den römischen Juristen einmal als Qualität der beiden betheiligten Personen auf, so folgt daraus, daß sie ohne die beiden Personen nicht existiren kann — denn eine ohne Subject bestehende Qualität ist ein Unding — daß sie mithin mit dem Tode des Gläubigers oder Schuldners untergehen muß. Wenn sie nun dennoch praktisch fortdauert, so muß entweder jene Auffassung selbst aufgegeben werden oder aber — und diesen Weg haben die römischen Juristen eingeschlagen — jener Widerspruch dadurch beseitigt werden, daß die Person als fortdauernd gedacht wird. Ein Drittes gibt es nicht, denn das Dritte könnte nur darin bestehen, daß man sich bei dem bloßen Factum der Fortdauer der Obligation beruhigte, darauf verzichtete, letzteres mit

---

516) So behandeln die römischen Juristen z. B. beim Eigenthum die Frage von der Fortdauer desselben an einem entflogenen Vogel, entronnenen Wilde, so untersuchen sie das Eigenthumsverhältniß an den erbschaftlichen Sachen vor Antretung der Erbschaft, an den unter einer Bedingung legirten Sachen während der Pendenz derselben u. s. w. So stellen sie an sich die Anforderung, da, wo ein Rechtsverhältniß in irgend einem Zeitraum entstanden, den Zeitpunkt der Entstehung anzugeben, und läugnen daher z. B. consequenterweise auch die Möglichkeit der Entstehung überhaupt, wo kein solcher einzelner Entstehungsmoment denkbar ist, L. 9 § 3 qui pot. (20. 4).

Digitized by Google

dem Begriff der Obligation in Einklang zu setzen. Das wäre aber ein wissenschaftlicher Bankerott, ein Abfall von aller und jeder Jurisprudenz. Ferner! Wenn die Jurisprudenz einmal den Lehrsatz aufstellt, daß die Obligation durch Zahlung untergeht, so muß es als ein juristisches Unding erscheinen, daß der Gläubiger nach erhaltener Zahlung die Klage noch cediren kann. Nichts desto weniger erkennt das Recht eine Cession des Gläubigers an den Bürgen nach geleisteter Zahlung als möglich an. Auch hier kann die Wissenschaft sich nicht dabei beruhigen, daß es einmal so Rechtens sei, sondern entweder muß sie jenen Satz fallen lassen, oder aber, wenn sie dies nicht will oder kann, einen Gesichtspunkt aufsuchen, der den Widerspruch beseitigt, ihn als einen bloß scheinbaren hinstellt, und dies ist von den römischen Juristen in einer höchst ungezwungenen, überzeugenden Weise bewerkstelligt worden.[517])

Wir können der Anforderung, um die es sich bei unserm zweiten Gesetz handelt, den Ausdruck geben: die Wissenschaft darf keine juristischen Unmöglichkeiten statuiren. Der Begriff der juristischen Möglichkeit und Unmöglichkeit scheint nun auf den ersten Blick ein absoluter zu sein, in der That aber ist er ein relativer. Wie vieles würde den römischen Juristen als juristisch unmöglich erscheinen, was heutzutage als juristisch möglich gilt (z. B. Forderungen, die dem jedesmaligen Inhaber eines Papiers zustehen, Indossamente in blanco, offene Hypotheken an eigener Sache u. s. w.), und an wie manchen nehmen wiederum sie keinen Anstoß, worin die älteren Juristen geradezu einen Verstoß gegen jede juristische Logik erblickt haben würden![518])

517) Die Zahlung des Bürgen ist nämlich unter den Gesichtspunkt eines Kaufs der Forderung gebracht worden; siehe L. 76 de solut. (46. 3).

518) So z. B. die traditio in incertam personam. Die ältere Jurisprudenz konnte sich den jactus missilium nur als Dereliction von der einen und Occupation von der anderen Seite construiren. Die neuere hat sich zu der allein zutreffenden Construction der traditio in incertam personam erhoben.

Digitized by Google

Wie im Recht selbst, so findet auch in der Anschauungsweise der Wissenschaft ein ewiger Fortschritt statt, ihr geistiger Horizont und damit der Kreis des Möglichen erweitert sich, sei es durch ihr eignes Verdienst, sei es durch die Macht der Thatsache, die ihr das bisher für juristisch unmöglich Gehaltene als praktisch nothwendig aufdrängt und ihr damit die Nöthigung auferlegt, das Gebiet des theoretisch Möglichen dem entsprechend auszudehnen. Es gibt für sie in letzterem Fall nur folgende Alternative: es muß entweder das bisherige Dogma[519]) sich dem Neuen oder das Neue sich dem Dogma fügen, entweder müssen die bisherigen Begriffe, Lehrsätze verändert werden, um dem Neuen ein Unterkommen zu gewähren, oder aber letzteres muß durch eine geschickte Manipulation, durch irgend einen geeigneten Gesichtspunkt so zugerichtet werden, daß es mit dem Dogma in Einklang tritt. Dieser letztere Weg ist der nächstgelegene, und es ist nicht bloß verzeihlich, sondern durchaus motivirt, wenn die Jurisprudenz zunächst ihn einschlägt, alle ihre Kunst aufbietet, um sich der Nothwendigkeit zu entziehen mit ihren bisherigen Lehrsätzen zu brechen. Die altrömischen Juristen haben die Kunst der Vermittelung des praktisch Neuen mit dem theoretisch Alten in hohem Grade verstanden, wovon der Verlauf der Darstellung uns manche glänzende Proben geben wird,[519a]) ja sie schlagen dabei nicht selten Umwege ein, die durch ihre Schwerfälligkeit und Weitläufigkeit nahezu ans Lächerliche streifen (Bd. 4 § 58). Aber man lasse sich durch die Übertreibung eines an sich völlig berechtigten

519) Dasselbe kann nicht bloß in positiven Rechtssätzen und juristischen Grundanschauungen, sondern auch in allgemein logischen Axiomen bestehen, Beispiele davon s. u.

519a) Eine Menge derartiger Beispiele habe ich B. 4 Note 320. 334 gegeben, einige andere bei Regelsberger, Zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte, Erlangen 1859 S. 7 Note c z. B. „um einen Nießbrauch auch dem Erben zukommen zu lassen, hat man nicht eine Ausnahme von der Unübertragbarkeit gemacht, sondern durch die Verpflichtung zu neuer Bestellung geholfen L. 5 pr. quib. mod. ususfr. (7. 4)."

Digitized by Google

Gedankens nicht an ihm selber irre machen, und man hüte sich, den gesunden, ächt juristischen Sinn, aus dem selbst sie hervorging, so wie die höchst vortheilhaften Folgen jener Strenge und Pedanterie zu übersehen. Soll das wissenschaftliche Gebäude Festigkeit erlangen, so rüttle man nicht ohne Noth an dem Fundament, so lerne man sich einrichten und sich behelfen. Gerade dieses Sichbehelfen trägt der Wissenschaft reichliche Früchte. Die Noth macht erfinderisch! Der Nothstand, in den der Conflict des Neuen mit dem Alten den Juristen versetzt, oder richtiger das Bestreben, diesen Conflict ohne Schaden des Alten auszugleichen, hat sich für die Entwicklung des juristischen Scharfsinns sehr wohlthätig erwiesen. Er treibt und preßt die ganze dialektische Kunst des Juristen zur äußersten Anspannung und damit zu Erfindungen und Entdeckungen, die ganz abgesehen von dem unmittelbaren Zweck, dem sie dienen sollen, der Wissenschaft höchst werthvolle und fruchtbare Bereicherungen eintragen. So hat die spätere römische Jurisprudenz unter dem Einfluß solcher zwingenden Veranlassungen eine Reihe von Unterschieden entdeckt, die für ewige Zeiten ihren Werth behalten werden.

Diese Kunst der Vermittelung hat aber ihre Gränzen. Es gibt einen Punkt, über den hinaus das Festhalten des Bisherigen in Unnatürlichkeit und Zwang ausartet.[520] Wann und wo derselbe eintritt, ist mehr Sache des Gefühls als einer objectiven Bestimmung. Vermittelnde Constructionen, die dieser Zeit genügen, machen einer anderen den Eindruck des Gekünstelten, und so entschlossen sich selbst die römischen Juristen, so streng sie im

520) So z. B. definirten die römischen Juristen ursprünglich das pignus als Vertrag, und sie konnten diese Definition bei den ersten Fällen des sogenannten gesetzlichen Pfandrechts noch mit Anstand aufrecht halten (quasi tacite convenerit: pignus tacitum). Allein als auch eine testamentarische Bestellung des Pfandrechts aufkam, ward dies unmöglich, und für das justinianische Recht mit seinen vielen gesetzlichen Pfändern wäre die Zurückführung desselben auf den Gesichtspunkt eines stillschweigenden oder fingirten Vertrages geradezu eine Absurdität.

Digitized by Google

übrigen gerade an dem hergebrachten Dogma festhielten, doch hie und da mit demselben offen zu brechen, während die ältere Jurisprudenz sich dieser Zumuthung durch eine vermittelnde Construction entzogen hatte.[521]) Für die heutige Jurisprudenz gäbe es in dieser Beziehung selbst hinsichtlich der rein römischen Theorie (also ganz abgesehen von den Änderungen derselben durch unser heutiges Recht) noch viel zu thun.[522])

Die bisherige Erörterung hat unser zweites Gesetz bloß nach der Seite hin verfolgt, nach der es uns vom Standpunkt der altrömischen Technik aus interessirt, das Gesetz selbst aber reicht weiter und wird insbesondere für die systematische Classification höchst wichtig, was ich hier jedoch nicht weiter ausführen darf.

Wenn wir die beiden Gesetze der juristischen Construction, die wir bisher erörtert haben, in Gegensatz stellen wollen, so können wir sagen, daß das erste im positiven, das zweite im logischen Element wurzelt. Das Element des dritten und letzten Gesetzes, zu dem ich jetzt übergehe, möchte ich als ästhetisches bezeichnen.

3. Das Gesetz der juristischen Schönheit. Man

---

521) Ich erinnere z. B. an den jactus missilium in der Note 518. Das alte Dogma lautet: kein Rechtsgeschäft läßt sich in personam incertam vornehmen. Wollte man dasselbe aufrecht erhalten, so blieb nichts übrig als den jactus missilium in Dereliction und Occupation zu zerlegen. Aber diese vermittelnde Construction war eine gekünstelte, denn sie that dem Willen des Jacenten, der eben nicht auf Dereliction, sondern auf Übertragung gerichtet war, Zwang an. Die spätere Jurisprudenz gab hier der Wahrheit die Ehre, indem sie eine traditio in incertam personam annahm, und damit ändert sie in der That das obige Dogma; was bis dahin als juristisch unmöglich galt, ward jetzt als möglich angenommen. Wie neuere Juristen z. B. Puchta Pandekten § 148 Note k den Gegensatz beider Constructionen (bei der einen liegen zwei einseitige, bei der andern ein zweiseitiger Akt vor) übersehen und beide für vereinbar halten konnten (als ob eine Tradition aus Dereliction und Occupation bestände!), ist schwer zu verstehen.

522) Man nehme z. B. die erbrechtlichen Sätze: nemo pro parte testatus etc., semel heres, semper heres und so manche andere, die bereits zur Zeit der klassischen Juristen mehr figurirten als wirklich galten.

Digitized by Google

wird es für gesucht halten, wenn ich von einem juristischen Kunst- oder Schönheitssinn spreche. Aber die Sache selbst bringt es mit sich, und wenn man mir einmal verstattet hat, von einer künstlerischen Gestaltung des Stoffs zu reden, so wird man sich auch den Kunstsinn gefallen lassen müssen.[523]) Auf ihm beruht das Wohlgefallen und Mißfallen, das gewisse Constructionen in uns erregen. Die einen befriedigen uns durch ihre Natürlichkeit, Durchsichtigkeit, Einfachheit, Anschaulichkeit, die andern stoßen uns durch das Gegentheil ab, erscheinen uns gezwungen, unnatürlich u. s. w., ohne daß wir sie doch für verkehrt erklären könnten. Dies Gesetz ist also nicht, wie die beiden ersten, ein absolutes. Eine Construction, die gegen jene verstößt, ist absolut unrichtig, ist keine Construction; eine schwerfällige, gezwungene Construction dagegen ist, so lange man keine bessere an ihre Stelle setzen kann, berechtigt, nothwendig. In dieser letzteren Hinsicht gibt es also Gradationen, vollkommnere und unvollkommnere Constructionen. Der Vergleich mit der Kunst trifft selbst insofern zu, daß wir von einem verschiedenen Kunststyl verschiedener Epochen der Jurisprudenz sprechen können, wie denn z. B. die Verschiedenheit der ältern und neuern römischen Jurisprudenz in dieser Hinsicht sich einem aufmerksamen Beobachter kaum entziehen kann und von uns auch an den betreffenden Stellen angedeutet werden soll. Der Styl der älteren Jurisprudenz charakterisirt sich vorzugsweise durch das Bestreben einer plastischen Darstellung und Motivirung innerer Thatsachen und Vorgänge, während die spätere Jurisprudenz mehr mit begrifflichen, innerlichen Mitteln operirt, z. B. das Scheingeschäft durch Fictionen ersetzt.

Einer näheren Ausführung dieses dritten Gesetzes enthalte

---

523) Den römischen Juristen schwebte dieselbe Vorstellung vor, sie kannten ein juristisches Schönheitsgefühl und erkannten es als berechtigt an, man denke z. B. an den Vorwurf einer inelegantia juris (bei Gajus I § 84. 85) und an das Gesetz der Symmetrie (L. 35 l. 100 de R. J. 50. 17).

Digitized by Google

ich mich, da sie zum Zweck des Verständnisses der altrömischen Technik nicht geboten erscheint, und die Probestücke, die wir seiner Zeit von letzterer erhalten werden, auch ohne Commentar verständlich sind. Darum nur folgende Bemerkungen. Je *einfacher* die Construction, um so vollkommener ist sie, d. h. um so anschaulicher, durchsichtiger, natürlicher; in der höchsten Einfachheit bewährt sich auch hier die höchste Kunst. Die verwickeltsten Verhältnisse sind von den Römern nicht selten mit den einfachsten Mitteln construirt (man denke z. B. an die juristische Person), und Constructionen, die den Eindruck des Gekünstelten, Complicirten machen, müssen uns von vornherein mit gerechtem Mißtrauen erfüllen. *Anschaulich* ist die Construction, wenn sie das Verhältniß unter einem Gesichtspunkt erfaßt, der unserer Vorstellung leicht zugänglich ist (wie z. B. bei dem Begriff der univ. rerum distantium); *durchsichtig*, wenn die Consequenzen des Verhältnisses in diesem Gesichtspunkt offen hervortreten, wie in dem Begriff der juristischen Person; *natürlich*, wenn die Construction keine Abweichung von dem, was sonst in der sinnlichen oder geistigen Welt vor sich geht, [524]) postulirt. Beruht unsere ganze Construction einmal auf einer naturhistorischen Anschauung, so ist es erklärlich, daß sie sich den Gesetzen und Vorgängen der Natur möglichst eng anzuschließen, sie auf ihrem Gebiete und in ihrem Stoff möglichst nachzubilden versucht,

524) Solche der Anschauung der natürlichen Welt entnommene, von den römischen Juristen für die juristische Construction adoptirte Sätze sind z. B.: was einmal untergegangen, kann seine alte Existenz nicht wieder erlangen; Geschehenes läßt sich nicht ändern (z. B. L. 2 de resc. vendit. 18. 5; L. 26 pr. de usufr. leg. 33. 2: perire non potuit, quod quis nondum habuit); Ursache und Wirkung dulden kein vacuum zwischen sich. Dahin gehört der Gedanke vom Gleichgewicht der Kräfte, mit dem z. B. Venulejus L. 13 de duob. reis (45. 2) operirt: cum vero ejusdem duae potestatis sint, non potest reperiri, qua re altera potius quam altera consumatur, L. 5 de fidej. (46. 1), womit auch der Satz: melior est conditio possidentis zusammenhängt; ferner die Deduction der Unmöglichkeit einer compossessio in solidum in L. 3 § 5 de poss. (41. 2).

Digitized by Google

und nicht selten scheint das »naturale« der Römer eben diese Bedeutung einer Natur-Imitation zu haben. [525])

Die bisherige Erörterung hat uns die Anforderungen angegeben, denen die juristische Construction zu entsprechen hat, es mögen jetzt noch einige Worte folgen über die Mittel, die sie zu diesem Zweck in Anwendung bringt, ich nenne sie den Constructionsapparat.

Die niederste Stufe in demselben nehmen ein die von der Sprache recipirten Bilder, z. B. der servus poenae (L. 17 pr. de poen. 48. 19), die Bezeichnung der Servituten als jura praediorum, die der reivindicatio als actio in rem, die des Pfandrechts als obligatio rei. Eine Sache kann weder ein Recht haben, noch verklagt werden, noch Subject einer Obligation sein. Allerdings kennt unsere Wissenschaft die Möglichkeit einer Personificirung dessen, was in Wirklichkeit nicht Person ist, allein in jenen Fällen ist daran nicht zu denken, die Personification ist hier keine juristische, sondern eine bloß figürliche. Nichts desto weniger aber glaube ich jene Ausdrücke als Constructionsversuche vom Standpunkt der natürlichen Auffassungsweise bezeichnen zu dürfen — hat man doch sogar wirkliche Constructionen in ihnen finden wollen — und es läßt sich nicht läugnen, daß sie mit Geschick gewählt sind und der Anschauung höchst brauchbare Anhaltspunkte gewähren. Als gleichfalls einer niederen Stufe angehörige Constructionsmittel nenne ich sodann die Scheingeschäfte, die hier aber nicht weiter besprochen werden sollen, da wir später Gelegenheit erhalten werden, sie kennen zu lernen (B. 4 § 58). An sie reihen sich sodann die Fictionen, die häufig nur das Caput mortuum früherer Scheingeschäfte sind. Eine gewisse Ähnlichkeit mit der Fiction hat die künstliche Er-

525) z. B. in der freilich nicht ganz richtigen Abstraction der Gleichheit der Entstehungs- und Endigungsarten L. 35 de R. J. (50. 17): nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est.

Digitized by Google

weiterung natürlicher Begriffe z. B. die Ausdehnung des Fruchtbegriffs auf das uti (fructus civiles), des Besitzes auf Servituten (juris possessio), die der Person auf juristische Personen, die der Sache auf Complexe von Sachen (juristische Sachen) u. s. w. Eins der scheinbar künstlichsten Mittel in unserem römischen Recht ist die rückwirkende Kraft; von ihr wird an einer anderen Stelle die Rede sein.

Es verbleibt uns jetzt als letzter Punkt noch die Frage nach dem eigenthümlichen technischen Werth und Nutzen der juristischen Construction. Wie verhält sich letztere zu der früher (§ 38) entwickelten höchsten Aufgabe der Technik, der Erleichterung der subjectiven Beherrschung des Rechts? Wir wollen das durch die Construction im Sinn der naturhistorischen Methode gestaltete Recht das System nennen und fassen den Inhalt der folgenden Ausführung in die beiden Sätze zusammen: das System ist die praktisch vortheilhafteste Form des positiv gegebenen Stoffs — und: es ist die Quelle neuen Stoffs.

1. Das System ist die praktisch vortheilhafteste Form des positiv gegebenen Stoffs.

Die Erhebung des Rechts zum System im obigen Sinn entzieht demselben, wie bereits früher bemerkt, seine äußerlich praktische Form, ohne die innere praktische Kraft desselben zu vermindern. Alle unsere Begriffe, Eintheilungen sind praktische Potenzen; gewonnen aus Rechtssätzen, lassen sie sich jederzeit von dem, der es versteht, wiederum auf sie zurückführen. (Bd. 1 S. 38.)

Wenn nun jene Umwandlung einerseits die bisherige Brauchbarkeit des Stoffs um nichts beeinträchtigt, so vervollkommnet sie ihn andererseits dagegen in höchst wesentlicher Weise.

Erstens: das System ist die anschaulichste, weil plastische Form des Stoffs. Während derselbe als rein stoffartige Substanz (d. h. als bloßer Inbegriff von Regeln) nur mit dem Gedächtniß erfaßt werden kann, geschieht dies in der Gestalt

Digitized by Google

des Systems vermittelst des juristischen Anschauungsvermögens, der Intuition. Das Charakteristische der Anschauung liegt in der Einheit, Totalität und Simultaneität des Bildes, das sie dem Geist vorführt. Die Anschauung sucht nicht erst das Einzelne zusammen, wie das Gedächtniß, sondern sie hat dasselbe gleichzeitig und in seinem ganzen Zusammenhang vor Augen. Dies setzt aber voraus, daß ein solcher Zusammenhang, eine Einheit, kurz ein objectiv Anschauliches existire. Diese objective Anschaulichkeit wird nun für das Recht eben begründet durch das System. Denn im System ist ja der gesammte Stoff gegliedert, er hat sich gruppirt und zusammengethan zu einzelnen plastisch abgerundeten Körpern. Jeder solcher Körper ist der Träger einer Masse von Rechtssätzen oder richtiger nicht ein bloßer Träger, ein mit ihnen behangenes Gerippe, sondern die Incarnation, er ist sie selbst, sie sind sein Fleisch und Blut geworden. In ihm hat die Masse individuellen Ausdruck und die Möglichkeit eines Totaleindrucks gewonnen. Jeder dieser Körper hat für uns seine bestimmte Physiognomie und Individualität; wer längeren Verkehr mit ihnen gepflogen, dem erscheinen sie wie „wirkliche Wesen, die ihm durch längeren Umgang vertraut geworden" (Note 506) — er kennt sie, wo und in welcher Umhüllung er sie trifft, er weiß, was sie können und nicht können, ohne daß er nöthig hätte, viel darüber zu reflectiren und sich erst der Gründe bewußt zu werden.

Alles das, was wir mit Recht als Kriterium und Vorzug des ächten juristischen Denkens betrachten: Raschheit, Leichtigkeit, Sicherheit des Urtheils oder mit einem Wort: der juristische Blick hat zu seiner Voraussetzung die objective und subjective Möglichkeit der Anschauung d. h. ein Bild, das angeschaut werden kann: den juristischen Körper, und das juristische Auge, das sich die Fähigkeit erworben hat, ihn wahrzunehmen.

Zweitens: das System ist die bequemste, weil kürzeste, concentrirteste Form des Stoffs — eine Behauptung,

Digitized by Google

die nach den Ausführungen in diesem und den vorhergehenden Paragraphen keiner weiteren Erörterung bedarf.

Drittens: das System ist die durchsichtigste Form des Stoffs. In dieser Form wird die ganze Fülle seines Inhalts zu Tage gefördert, alles, was in ihm steckt, hervorgetrieben: die Beziehungen der entferntesten Punkte, die feinsten Unterschiede und Ähnlichkeiten, die stillschweigenden Voraussetzungen, die den rechtlichen Dingen zu Grunde liegen, und die gerade wegen ihrer Natürlichkeit und Nothwendigkeit sich der Beobachtung leicht entziehen — kurz das Innerste und Geheimste des Stoffs wird ins Bewußtsein gebracht. Darum könnte man die naturhistorische Methode etwa die peinliche Frage des Rechts nennen, die den Stoff wie bei der Folter zum Geständniß zwingt. Jene allgemeinen Kategorien, die wir oben mitgetheilt haben: Entstehung, Untergang, Eigenschaften u. s. w. des Rechtskörpers sind zwar an sich inhaltslos, formal, allein so wie sie mit dem Stoff in Verbindung gesetzt werden, entwickeln sie eine außerordentliche dialektische Triebkraft. Immerhin mögen sie nur Fragen sein, die wir an ihn richten, allein die Frage ist der erste Schritt zur Erkenntniß, ja nicht selten die Erkenntniß selbst. Allerdings versorgt uns auch die Praxis täglich mit Fragen und verhilft uns dadurch mittelbar zu einer Erweiterung unserer Kenntnisse, allein die Fragen der Praxis sind nicht immer gerade die lehrreichsten. Eine völlig unpraktische Frage, die aber das Institut, so zu sagen, an seiner empfindlichsten Stelle, an seiner Wurzel erfaßt, kann für die wahrhafte Erkenntniß desselben unendlich viel wichtiger sein, als die täglich vorkommenden praktischen Fragen; mit der Beantwortung einer solchen Frage können mittelbar eine Reihe der praktisch-wichtigsten Fragen, die man bisher auf unmittelbarem Wege vergebens zu lösen suchte, ihre definitive Erledigung finden.[528]) So wie die Naturwissenschaft die

528) So z. B. hat die Frage von dem Vertragsabschluß mit einem Tauben ein höchst geringes Interesse, und doch ist sie für die Untersuchung der Natur des Vertragsabschlusses höchst förderlich, s. die Stelle von Merlin bei

Digitized by Google

für das Leben folgenreichsten Entdeckungen in der Regel bei Fragen und Untersuchungen macht, die von vornherein gar keine praktische Ausbeute in Aussicht stellten, und wie sie regelmäßig dadurch dem Leben am meisten dient, daß sie sich ihm entzieht, so trifft dasselbe nicht selten auch für die Jurisprudenz zu. Ihre besten Entdeckungen macht sie mitunter in völlig unpraktischen Regionen, und hätten die römischen Juristen uns auch sonst nichts gelehrt, wir wären ihnen schon für die eine Lehre zum ewigen Dank verpflichtet: daß nämlich die Jurisprudenz, um praktisch zu sein, sich nicht auf praktische Fragen allein beschränken darf.

2. Das System ist eine unversiegbare Quelle neuen Stoffs.[528a])

Wenn die Jurisprudenz bloß erschließt, was der Gesetzgeber mittelbar gesetzt und gegeben hat, so kann man hier nur uneigent-

---

Regelsberger Civilrechtliche Erörterungen, Heft 1 Weimar 1868 S. 13. Der Untergang der Ansprüche durch sogenannten concursus duarum causarum lucrativarum kommt im Leben außerordentlich selten vor, und doch hat jetzt Gustav Hartmann einen ganz richtigen Treffer bewährt, wenn er von diesem Punkt aus versucht hat, die Wurzeln der römischen Obligation bloß zu legen, s. dessen Schrift über die römische Obligation, Erlangen 1875.

528a) Ich weiß nicht, ob die Bemerkungen von Arnold, Cultur und Rechtsleben, Berlin 1865 S. 204 u. 430 gegen den obigen Satz gerichtet sein sollen, jedenfalls würden sie dann auf dem doppelten Mißverständniß beruhen, einmal, als ob ich unter System bloß die äußere Anordnung der Begriffe verstehe, während ich doch mich S. 383 deutlich darüber ausgesprochen habe, in welchem Sinn ich diesen Ausdruck gebrauche, nämlich als das Ganze der zur juristisch-begrifflichen Form erhobenen Rechtsbestimmungen. Ich kann unmöglich annehmen, daß der genannte Gelehrte die Thatsache hat läugnen wollen, von der jedes Blatt des corpus juris Zeugniß ablegt, daß die in dem System in diesem Sinn gebundene oder richtiger lebendige dialektische Kraft sich als eine unversiegbare Quelle neuer Rechtswahrheiten bewährt hat und täglich bewährt. Das zweite Mißverständniß würde darin bestehen, als ob ich meinte, daß die Jurisprudenz dieses Ganze aus dem Nichts geschaffen, während ich den „Stoff" doch als gegeben voraussetze (s. S. 360, 371) und der Jurisprudenz nur die Aufgabe seiner Erhebung zu einer höheren d. h. begrifflichen Form vindicire, womit sich aber sehr wohl verträgt, daß sie in Fällen, wo der Gesetzgeber sie absolut im Stich

Digitized by Google

lich von einem neuen Stoff reden; es ist nicht sowohl eine Production als eine Enthüllung.[529]) Dagegen gibt es auch eine juristische Production im strengsten Sinn, die Hervorbringung eines absolut neuen Stoffes. Wer nur die oberflächlichste Anschauung von den Arbeiten der römischen Juristen hat, muß sie kennen; denn jedes Blatt unserer justinianischen Pandekten legt Zeugniß von ihr ab. Wie viele Lehren hat die römische Jurisprudenz geschaffen, zu denen das positive Recht ihr auch nicht den geringsten Anhaltspunkt, den leisesten Anstoß gegeben hatte! Welches Gesetz hatte z. B. etwas bestimmt über die Theilbarkeit oder Untheilbarkeit der Servituten, des Pfandrechts u. s. w.? Und doch ist diese Lehre von der Untheilbarkeit eine der feinsten, die es gibt. Oder wo stand etwas über den Eigenthumserwerb durch Specification und Accession? Diese Lehren sind ausschließlich juristische Productionen, gewonnen rein auf dem Wege der juristischen Speculation. Der Stoff, aus dem die Jurisprudenz die Lehre von der Specification und Accession bildete, war nichts als der allgemein logische Begriff der Identität, angewandt auf die Umgestaltung einer Sache.

Das praktische Leben kann dieser Ergänzung des positiven Rechts durch die Jurisprudenz gar nicht entrathen und letztere

läßt, selber sich zu helfen sucht und hier sowohl in materieller wie formeller Beziehung eine schöpferische Thätigkeit entwickelt. Auch das meine ich nicht, als ob, um den Gegensatz in der Sprache der römischen Juristen zu bezeichnen, die »utilitas« vor der »ratio juris« verstummen müßte, aber das meine ich allerdings und daran halte ich stets fest, daß die Jurisprudenz an der Hand der ratio juris überall so weit vorschreiten soll, bis die utilitas ihr in den Weg tritt und Protest einlegt; wenn sie das nicht dürfte, so würde ihr nichts übrig bleiben als die Paragraphen des Gesetzbuchs auswendig zu lernen; wo diese nicht ausreichten, müßte der Gesetzgeber selber den Prozeß entscheiden. Meine Ausführungen über die „Überschätzung des logischen Elements im Recht" in B. 4 § 59 werden mich hoffentlich in Zukunft gegen ähnliche aus flüchtiger Lectüre stammende Mißverständnisse schützen.

529) Man kann darauf anwenden, was Gajus in L. 7 § 7 de A. R. D. (41. 1) vom Dreschen sagt: non novam speciem facit, sed eam, quae est, detegit.

Digitized by Google

sich dieser Aufgabe, auch wenn sie möchte, eben darum gar nicht entziehen. Jede Jurisprudenz producirt,[530]) selbst wenn sie sich dessen nicht bewußt ist oder wohl gar in der Theorie sich das Recht dazu abspricht, wie dies ja noch heutzutage von Manchen geschieht. Es war ein ganz richtiges Gefühl, das einen Juristen des vorigen Jahrhunderts, den Germanisten Runde, bestimmte, die Natur der Sache als Rechtsquelle aufzustellen; es gibt kaum einen Ausdruck, welcher die von mir im Bisherigen entwickelte naturhistorische Anschauung sowohl der Sache wie dem Namen nach so treu wiedergäbe.

Wie sehr nun diese juristische Production durch die naturhistorische Auffassungsweise bedingt ist, bedarf schwerlich des Nachweises. Vom Standpunkt der niedern Jurisprudenz ist sie schlechterdings nicht zu begründen, vom Standpunkt der höhern aus hingegen ergibt sie sich als nothwendige Consequenz. Haben wir einmal die Vorstellung der Rechtskörper adoptirt, die Idee des individuellen Seins und Lebens auf den gegebenen positiven Stoff angewandt, so müssen wir dieser Idee auch da treu bleiben, wo der positive Stoff uns im Stich läßt, d. h. das Fehlende in irgend einer Weise ergänzen. Das Material aber zu dieser Ergänzung gewährt uns theils der einzelne Körper selbst, seine Natur und innere Dialektik, theils die allgemeine Theorie der juristischen Körper.

So öffnet sich denn der Wissenschaft im System ein unabsehbares Gebiet der Thätigkeit, ein unerschöpfliches Feld des Forschens und Entdeckens und eine Quelle des reichsten intellektuellen Genusses. Nicht die engen Schranken des positiven Gesetzes bezeichnen ihr hier die Gränzmarken ihres Reichs, nicht die unmit-

---

530) Darum bezeichneten die späteren römischen Juristen ihre Vorgänger aus der Zeit der Republik ganz zutreffend als veteres, qui tunc jura condiderunt.

Digitized by Google

telbar praktischen Fragen die Pfade, die sie zu wandeln hat. Frei und ungehindert, wie in der Philosophie, kann der Gedanke hier schweifen und forschen und dennoch sicher gegen die Gefahr sich zu verlieren. Denn die praktische Natur der Welt, in die er sich versetzt findet, lenkt ihn immer wieder zu den realen Dingen zurück. Aber daß er, indem er zurückkehrt, sich gestehen darf, nicht einem bloß subjectiven Erkenntnißdrange genügt zu haben, daß er nicht die bloße Erinnerung an einen hohen geistigen Genuß, sondern etwas für die Welt und Menschheit Werthvolles mit zurückbringt, daß die Gedanken, die er gefunden, keine bloßen Gedanken bleiben, sondern praktische Potenzen werden — eben das gibt all unserm Philosophiren und Construiren in der Dogmatik erst seinen wahren Werth, und die römischen Juristen hatten nicht Unrecht, wenn sie von ihrer Wissenschaft rühmten: veram (nisi fallor) philosophiam, non simulatam affectantes (L. 1 § 1 de J. et J. 1. 1).

Bringen wir diese Auffassung der Jurisprudenz, diese Anschauung des Rechts mit, dann glaube ich wird es uns nicht Wunder nehmen, daß diese Wissenschaft mehr als ein halbes Jahrtausend in Rom die äußerste Anziehungskraft ausüben und den Rang der ersten Wissenschaft einnehmen konnte. Sie gewährte dem römischen Geist, so zu sagen, die Arena einer dialektischen Gymnastik. Sie erklärt uns zugleich, daß und warum die Römer keine Philosophie hatten, denn alles, was an philosophischem Trieb und Talent in ihnen war, hat in ihr seine Befriedigung und seinen Auslaß gefunden. Und so wird es sich rechtfertigen, wenn wir, indem wir uns ihr jetzt zuwenden, sie von vornherein charakterisiren als: das durch die praktische Richtung des Römervolkes bestimmte geistige Gebiet, auf dem das, was an philosophischem Sinn und Trieb in ihm war, zum Vorschein und zur Entfaltung gelangte, oder kurz weg als die nationalrömische Philosophie, die Philosophie des praktischen Zwecks.

Digitized by Google

B. Die Technik des älteren Rechts.

Die Jurisprudenz.

Die Pontifices — die Geheimhaltung des Rechts — das jus civile im engeren Sinn — der pontificische Styl — das Ende der pontificischen Herrschaft.

XLII. Nach einer langen Abschweifung gelangen wir nunmehr auf historischen Grund und Boden zurück. Allein bevor ich ihn betrete, muß ich mir noch eine Bemerkung über das Verhältniß des vorhergehenden Abschnitts zu dem gegenwärtigen erlauben, nicht bloß zu meiner eignen Rechtfertigung, sondern auch im Interesse des Lesers. Meine Darstellung der Theorie der Technik nämlich ist nicht bloß darauf berechnet, das Verständniß des ältern, sondern auch das des spätern Rechts vorzubereiten. An irgend einer Stelle mußte ich sie einschalten, die gegenwärtige Stelle aber schien mir die passendste zu sein, weil uns hier die Frage von der Technik zum ersten Mal begegnete. Ich habe mich jedoch bei meiner Darstellung nicht durch die Rücksicht auf das ältere Recht beengen lassen, ich konnte nicht ängstlich abwägen, ob alles und jedes, was ich sagte, unmittelbar im älteren Recht seine Anwendung finde; ich hatte nur die Wahl, die Theorie der Technik entweder in ihrem ganzen Zusammenhang oder gar nicht zu behandeln. Dieser Zusammenhang aber brachte es mit sich, daß ich der Technik in ihrer ganzen Ausdehnung bis zu ihrem wissenschaftlichen Höhepunkte folgte.

Indem wir nun an das ältere Recht herantreten, wollen wir uns in unseren Erwartungen möglichst herabstimmen. Daß wir eine Technik finden werden, wissen wir, denn eine Technik hat jedes Recht, auch das ungebildetste, sie ist vor aller Jurisprudenz da (S. 328). Aber ob wir bereits eine Jurisprudenz antreffen werden, davon wissen wir noch nichts, dieß muß vielmehr erst Sache der historischen Untersuchung sein. Ich halte es für nöthig, diese Frage gleich hier beim Eintritt in das ältere

Digitized by Google

Recht zu beantworten, wäre es auch nur, um mir dadurch das Recht zu verschaffen, im Verlauf der Darstellung von Juristen der alten Zeit zu sprechen, aber ich fasse sie hier ganz äußerlich, ich frage nämlich nur: kannte das ältere Recht bereits den äußern Gegensatz zwischen Juristen und Laien, gab es eine eigene Classe von Leuten, deren Beruf in der Kenntniß und Anwendung des Rechts bestand? Ob ihnen der Name von „Juristen im eigentlichen Sinn" abzusprechen sei,[531] ob ihr Können und Wissen den Namen eines juristischen verdiene, ist eine Frage, die sich erst beantworten läßt, wenn wir mit ihren Leistungen vertraut geworden sind, also erst am Schluß dieses ganzen Abschnittes. Übrigens ist jenes äußerliche Moment, nach dem ich die Frage hier beantworte, bei weitem nicht so äußerlich, wie es scheint. Diese äußere Absperrung der Jurisprudenz ist der erste Ansatz zur inneren Entwickelung derselben als Wissenschaft; damit der Kern sich entwickele, bedarf er der Schale, und wenn die Schale sich bildet, so ist das ein Zeichen, daß der Kern selber bereits angesetzt hat.

Wer den Gegensatz zwischen Juristen und Laien als etwas Unnatürliches betrachtet, für den hat die Unnatur in Rom früh begonnen, denn er ist eine der ersten rechtshistorischen Thatsachen, von denen die Tradition zu berichten weiß. Der letzteren zufolge soll sich diese Gegensätzlichkeit zwischen Juristen und Laien sogar soweit erstreckt haben, daß erstere, um sich dem Volk unentbehrlich zu machen, eine förmliche Geheimnißkrämerei mit dem Recht getrieben hätten.[532] Die historische Kritik hat diese Mittheilung als eine handgreifliche Erdichtung einfach zur Seite schie-

531) Wie Puchta Cursus der Instit. Bd. 1 § 76 es will. Das Wissen der älteren Juristen hätte sich, meint er, von dem eines jeden Anderen nicht qualitativ, sondern bloß quantitativ unterschieden, Juristen im eigentlichen Sinne könne man sie nicht nennen.

532) L. 2 § 35 de orig. jur. (1. 2). Liv. IX, 46. Cicero pro Murena c. 11. Val. Max. II, 5 § 2.

Digitized by Google

ben wollen;[533]) richtiger wäre es gewesen zu fragen, wie sich, wenn an der Sache gar nichts Wahres gewesen, eine solche Fabel habe bilden können? Man hüte sich doch, die Übertreibung erst hineinzutragen. Daß das Volk sich in völliger Unkunde des Rechts befunden habe, ist allerdings unglaublich, allein das ist auch nicht der Sinn jener Erzählung. Sondern der Sinn ist der: daß das Recht durch die Jurisprudenz dem Volk entfremdet worden war, daß sich neben dem Volksrecht ein Juristenrecht gebildet hatte, und diese Thatsache ist so wenig auffällig, daß sie im Gegentheil die unausbleibliche Folge ist, welche sich überall an das Auftreten und Wirken der Jurisprudenz knüpft. Die Sage hat diese Thatsache nur in ihrer Weise ausgeschmückt, indem sie, wie sie es so gern thut, als Werk der Absicht hinstellte, was ein unbeabsichtigtes und unvermeidliches Resultat der Verhältnisse war.

In jener Sage besitzen wir einen Bericht über einen der wichtigsten Wendepunkte in der Geschichte des römischen Rechts, den Übergang von der naiven Auffassung des Rechts zur Reflexion, d. h. zur Jurisprudenz, und zwar besteht das Interessante und Beachtenswerthe dieses Berichts in zweierlei. Zuerst theilt er uns mit die Zeit, wann dieser Wendepunkt eingetreten ist, nämlich bald nach den XII Tafeln, und sodann — zwar nicht mit dürren Worten, aber für Jeden, der Sagen zu lesen versteht, nicht minder deutlich — wie tief der Riß, der damit erfolgte, vom Volk empfunden sein muß, welchen bleibenden Eindruck dieser Umschwung in der Erinnerung des Volks zurückgelassen hatte. Und in der That war der Riß ein schroffer — um dies behaupten zu können, reichen unsere Nachrichten vollkommen aus — und zwar beruhte diese Schroffheit wesentlich mit auf der eigenthümlichen Form, welche die Jurisprudenz während der ersten Jahrhunderte ihres Bestehens an sich trug.

Die Kenntniß der Gesetze, die Kunst der Interpretation und die Legis Actionen, berichtet uns Pomponius,[534]) waren in der

533) Puchta Cursus der Instit. Bd. 1 § 77.

534) L. 2 § 6 de orig. jur. (1. 2).

Digitized by Google

Zeit nach den XII Tafeln in den Händen der Pontifices, und jährlich ward ein Mitglied aus dem Collegium zur Handhabung der Rechtspflege (qui praeesset privatis) committirt. Wir haben an früherer Stelle (I S. 295—301) den Versuch gemacht zu erklären, wie sich ein so eigenthümlicher Zustand bilden konnte, und sind dort zu dem Resultate gekommen, daß es einen eigenen geistlichen Gerichtshof und einen eigenthümlichen Prozeß vor demselben (legis actio sacramento) gegeben habe. Diesen Gerichtshof dürfen wir nun für jene Zeit als den Sitz der eigentlichen Justiz und Jurisprudenz bezeichnen, und wir brauchen bloß den Umstand, daß es eine ständige und geistliche Behörde war, in Anschlag zu bringen, um die Nachrichten über den Charakter und die Stellung der ältesten Jurisprudenz begreiflich zu finden. Wären die Pontifices selbst von jener Tendenz nach einem esoterischen Wissen, die alle Priesterschaften des Alterthums beseelte,[535] völlig frei gewesen — und in dieser Allgemeinheit wäre die Behauptung mehr als gewagt, denn in der römischen Religion tritt der Zug nach dem Geheimnißvollen deutlich hervor — bei einer Genossenschaft, deren verfassungsmäßiger Beruf das Wissen und die Gelehrsamkeit war, deren Stellung nicht bloß eine höhere Einsicht, sondern auch die Verpflichtung, den Glauben daran im Volke zu erhalten, mit sich brachte, die aus lebenslänglichen sich selbst ergänzenden Mitgliedern patricischen Standes bestand, bei einer solchen Genossenschaft mußte das Recht mit Nothwendigkeit einer gewissen gelehrten Abgeschlossenheit verfallen und die erforderliche Kenntniß desselben sich mehr und mehr auf das Collegium zurückziehen. Man hat dies „im Angesicht der Volkssitte, in der das Recht lebte und webte, der geschriebenen Gesetze, die öffentlich ausgestellt waren, endlich der allervollkommensten Öffentlichkeit der Gerichte"

535) K. S. Zachariä betrachtete dies sogar als einen Zug jeder Priesterherrschaft überhaupt. „Die geistlichen Herrschaften halten die Gesetze, nach welchen sie gebieten, fast immer vor dem Volke geheim. So verboten die Päbste das Lesen der heiligen Schriften." Vierzig Bücher vom Staate Bd. 3 S. 22 (Aufl. 2).

Digitized by Google

(Puchta) für unmöglich gehalten und die Differenz zwischen den Juristen und Laien der damaligen Zeit nicht in eine Verschiedenheit ihres Wissens, sondern des Könnens setzen wollen; die Überlegenheit der ersteren habe sich lediglich auf die Anwendung des Rechts bezogen. Allein dieser Behauptung stehen nicht bloß alle äußern Zeugnisse, sondern auch die innere Wahrscheinlichkeit entgegen. Waren auch die Gesetze Jedermann vor Augen, so war doch die Interpretation Sache der Pontifices;[536]) bot auch die Öffentlichkeit der Gerichtssitzungen Gelegenheit, den Gang des Verfahrens und das rein Äußerliche der Klagformulare kennen zu lernen, so war doch schon die Kenntniß, wo und wie die verschiedenen Formeln anzuwenden, welcher Sinn mit ihnen zu verbinden, etwas mehr Theoretisches, durch das bloße Zusehen nicht so leicht zu Erlernendes.[537]) Der entscheidende Umstand jedoch ist der, daß es außer der Volkssitte und den Gesetzen noch eine dritte Rechtsquelle, das Recht der Wissenschaft oder das jus civile im engern Sinn[538]) gab, zu der nur der Pontifex völlig freien Zutritt hatte.

Als nothwendiger Inhalt dieser pontificischen Rechtsdisciplin stellt sich uns zunächst dar die Kenntniß der bisherigen Praxis. Daß jener Boden zur Bildung einer constanten

536) L. 2 § 6 de orig. jur. (1. 2).

537) Bemerkt doch noch Cicero ad Fratr. II, 15 § 3, daß in tanta multitudine eorum qui una essent, nullum fuisse, qui vadimonium concipere posset.

538) Siehe die Darstellung bei Pomponius L. 2 § 5, 6 cit., in der das jus civile oder das alte Juristen-Recht sich unmittelbar an die XII Tafeln anschließt. Wie wenig man übrigens nöthig hat in die Zeiten der ältesten römischen Jurisprudenz zurückzugehen, um den Klagen über die Geheimnißkrämerei der Juristen zu begegnen, zeigt die preußische Kabinetsordre vom 14. April 1780 über die Codification der Provinzialrechte und des gemeinen Rechts § 5 . . „so werden freilich viele Rechtsgelehrte bei der Simplification dieser Sache ihr geheimnißvolles Ansehen verlieren, um ihren ganzen Subtilitäten-Kram gebracht und das ganze Corps der bisherigen Advokaten unnütze werden." Heydemann, Einleitung in das System des preuß. Civilrechts I S. 19.

Digitized by Google

Praxis ein höchſt geeigneter war, wird eben ſo wenig der Bemerkung bedürfen, als daß die Fortpflanzung derſelben durch ſchriftliche und mündliche Tradition ſich der Natur der Sache nach nur auf die Mitglieder des Collegs beſchränkte. Im Volke konnte und mußte die Erinnerung wichtiger Rechtsfälle und Entſcheidungen ſich leicht verflüchtigen; bei jenem Colleg ward ſie fixirt und pflanzte ſich von einer Generation zur anderen fort.[539]) Den zweiten Beſtandtheil dieſer Disciplin bildete die eigentliche Lehre, die von den Pontifices ſelbſt entworfene Theorie des Rechts. Eine unabweisbare Aufforderung zur Ausarbeitung einer eigenen, ſelbſtändigen Theorie des Rechts lag in der religiöſen Beziehung desſelben. Soweit dieſe Beziehung reichte — und, wie wir Bd. 1 S. 294 geſehen, reichte ſie im älteren Recht ſehr weit — fand die geſetzgebende Gewalt des Volks keinen Raum; hier waren nur die Pontifices competent, das fas dürfen wir ausſchließlich als ihr Werk betrachten. Allein ihre geſtaltende und rechtsbildende Thätigkeit erſtreckte ſich eben ſowohl auf das jus. Ganz abgeſehen davon, daß ihnen gleichmäßig die Anwendung des jus wie des fas anvertraut war, und ein gewiſſer rechtsbildender Einfluß von jeder Anwendung des Rechts untrennbar iſt, ſo ließ ſich, ſelbſt wenn ſie aus irgend welchem Grunde ihre Doctrinen auf das fas hätten beſchränken wollen, doch eine ſtrenge Gränzlinie zwiſchen beiden Gebieten des Rechts in manchen Verhältniſſen gar nicht ziehen. Wie Vieles war beiden völlig gemeinſam (man denke z. B. an die Lehre von der Zeit) und wie oft erforderte die Durchführung irgend eines Zwecks oder Geſichtspunkts des fas die Unterordnung des jus, d. h. eine entſprechende Geſtaltung der profanen Seite des Inſtituts (man denke z. B. an das, was Gajus II, 55 über das urſprüngliche Motiv der usu-

539) Wie feſt und treu die römiſche juriſtiſche Tradition war, dafür gibt die Notiz bei Pomponius L. 2 § 38 de orig. jur. (1. 2) über den erſten plebejiſchen Pontifex Maximus, Tib. Coruncanius, daß man von demſelben zwar keine Schriften, aber eine Reihe wichtiger Reſponſen kenne, einen eclatanten Beleg. Beide Juriſten trennte ein Zeitraum von vier Jahrhunderten!

Digitized by Google

capio pro herede berichtet). Und sodann: wenn einmal die Pontifices, wie wir nachher sehen werden, im Besitze einer gewissen Methode und gewisser allgemeiner Anschauungen waren, durch welche sie sich bei der Gestaltung des fas bestimmen ließen: wie kann man annehmen, daß sie dieselbe beim jus hätten verläugnen, oder, wenn nicht, daß letztere sich für das jus minder fruchtbar hätten erweisen sollen als für das fas? Aber ganz abgesehen von dieser Einwirkung des fas auf das jus, wie kann man überhaupt nur daran zweifeln, daß eine so fest gegliederte, abgeschlossene, mit einem solchen Nimbus umgebene und mit einer solchen Macht ausgestattete Jurisprudenz, wie diese, nicht mindestens denselben, ich meine nicht den bloß formell-gestaltenden, sondern den materiell-productiven Einfluß auf das Recht sollte gewonnen haben, den die Jurisprudenz bei einer ungleich ungünstigeren Stellung erfahrungsmäßig überall auszuüben pflegt? Schwerlich würde sich der große Gegner, den wir hier bekämpfen, dieser Einsicht verschlossen haben, wenn er nicht aus reinem Vorurtheil, oder, indem er die Form mit der Sache verwechselte, den Pontifices den Namen von Juristen „im eigentlichen Sinn" von vornherein abgesprochen hätte. Allein wenn man nur nicht den Maßstab der heutigen Jurisprudenz mitbringt, so rechtfertigt sich eine solche geringschätzige Behandlung derselben keineswegs. Sie waren Juristen im ächten, wahren Sinn und in dem Maße würdige Vorgänger der späteren römischen Juristen, daß letztere meines Erachtens nur dadurch, daß sie sich auf ihre Schultern stellen konnten, groß geworden sind. Sie hatten ihre Methode, und zwar eine sehr strenge und consequente, sie besaßen ihre allgemeinen juristischen Anschauungen und Axiome, die sie zu einzelnen Rechtssätzen verwertheten, und ihr Einfluß auf die ganze Gestaltung des Rechts war meiner festen Überzeugung nach ein so bedeutender, wie sich die spätere römische Jurisprudenz, die ihn mit dem Prätor und Kaiser theilen mußte, desselben nicht rühmen konnte.

Doch ich anticipire bereits ein Urtheil, das erst, nachdem wir die Technik des älteren Rechts vollständig haben kennen lernen,

Digitized by Google

seine Begründung wird finden können. An der gegenwärtigen Stelle handelt es sich nur darum, ob die Pontifices bereits eine eigene, dem Volk fremde Rechtsdisciplin, kurz eine Jurisprudenz hatten, und diese Fragen glaube ich mit aller Gewißheit beantworten zu können.

Die directen Nachrichten über die Leistungen der Pontifices auf dem Gebiet des Civilrechts sind spärlich, denn sie beschränken sich darauf, uns die Legisactionen als ihr Werk zu nennen.[540]) Freilich darf man die Bedeutung dieser Legisactionen nicht unterschätzen, denn sie enthielten nicht bloß die Form des Rechts, sondern zum großen Theil das Recht selbst. Allein für unseren Zweck gewähren sie uns doch kaum eine Ausbeute. Eine um so ergiebigere Quelle aber zur Beantwortung unserer Fragen erschließt sich uns in der alten Religion und dem fas. Auf diesen letzten beiden Gebieten waren die Pontifices unbestrittenermaßen autonom; was sich hier findet, stammt jedenfalls von ihnen. Treffen wir nun auf dem Gebiete des Civilrechts dieselben Grundsätze, dieselbe Methode, kurz denselben Styl wieder, wie auf diesen beiden Gebieten, und zwar einen künstlichen, gelehrten Styl, wie er nur dem Techniker eigen, der Periode der reinen Volksthümlichkeit aber völlig fremd ist — in dem Fall werden wir, da wir einmal für zwei jener Gebiete den Styl mit aller Gewißheit als den pontificischen bezeichnen dürfen, zu der Behauptung berechtigt sein, daß alles, was innerhalb des Civilrechts in demselben Styl gearbeitet ist, im Wesentlichen von den Pontifices stammt. Um jedem Einwande gegen die Beweiskraft dieses Schlusses vorzu-

---

540) Die legis actiones werden von späteren Schriftstellern auf die Bücher der Pontifices zurückgeführt, so von Cicero de orat. I, 43 (Leist, Versuch einer Geschichte der römischen Rechtssysteme. S. 15) und Valerius Probus de notis antiquis. Der letztere Schriftsteller identificirt geradezu die monumenta pontificum (§ 1) mit den legis actiones (§ 4). S. darüber Th. Mommsen in seiner Ausgabe dieses Schriftstellers in den Berichten der Sächs. Gesellschaft der Wiss., philol.-histor. Classe 1853, S. 131 (besonderer Abdruck, Leipzig bei Hirzel).

Digitized by Google

beugen, bemerke ich, daß die Annahme: es sei dieser Styl schon vor den Pontifices im Rechte heimisch gewesen und von ihnen für die Religion und das fas adoptirt, in dem Maße gegen alle geschichtlichen Gesetze verstoßen würde, daß sie einer ernstlichen Widerlegung nicht bedarf. Gibt man aber den pontificischen Ursprung desselben zu, so wird eine andere denkbare Annahme, nämlich daß die Anwendung desselben auf das Civilrecht nicht von den Pontifices, sondern erst von den spätern Juristen herrühre, eben so wenig auf Beifall rechnen dürfen, womit sich übrigens wohl verträgt, daß die spätern Juristen noch lange in derselben Weise fortgearbeitet haben, wie ihre Vorgänger, und daß also nicht alles und jedes, was im Geist der letzteren gearbeitet ist, ihnen unmittelbar zuzuweisen ist. Nicht darauf kommt es an, ob sie den Bau selbst bis ins Kleinste ausgeführt, jeden einzelnen Stein selbst eingefügt, sondern darauf, ob sie den Plan gemacht, den Styl bestimmt und wenigstens die Fundamente selbst gelegt haben. Und davon, hoffe ich, soll der Leser sich im Folgenden überzeugen.

Wir vergleichen zu dem Zweck das ältere Recht mit der Religion, zunächst rücksichtlich der Methode ihrer Bearbeitung. Die Methode ist bei beiden genau dieselbe, die charakteristischen Momente der ältern Technik, die uns die spätere Darstellung vorführen wird, kehren sämmtlich bei der Religion wieder. Zunächst der Formalismus. Dieselbe Bestimmtheit,[541]) dieselbe scrupulöse Genauigkeit in der Fassung der Formeln,[542]) dieselbe Strenge in der Handhabung derselben, wie im ältern Recht; das geringste Versehen im Aussprechen der Formel begründete hier nicht minder wie im Legisactionenprozeß Nichtigkeit.[543]) Auf diese Überein-

541) Verba certa, solennia, legitima. S. die Belegstellen bei Brissonius de voc. ac. formul. lib. I, c. 181, 191 und anderwärts z. B. Festus sub fanum: .. certa verba. Cicero pro domo c. 47 .. solennibus verbis.

542) z. B. die Formel sive deus sive dea es und seu quo alio nomine appellari volueris. Brissonius a. a. O. c. 89.

543) Ambrosch, die Religionsbücher der Römer S. 29, 30. Daher das Vorsprechen der von einem weltlichen Beamten anzuwendenden Formel

Digitized by Google

ſtimmung will ich aber kein ſo hohes Gewicht legen, denn der Zug und Hang zum Formalismus ſteckte tief im römiſchen Volk ſelbſt und bethätigte ſich auch da, wo den Pontifices eine Mitwirkung oder ein unmittelbarer Einfluß überhaupt nicht zuſtand, z. B. im öffentlichen Recht. Erhielt ſich doch noch bis in die Periode der Aufklärung hinein der Glaube an die myſtiſche Kraft gewiſſer Sprüche und Worte.[544])

Eine zweite Parallele zwiſchen Recht und Religion bieten uns die Umwege, Scheingeſchäfte,[545]) kurz jene ganze Operationsmethode in Fällen, wo man auf directem Wege, ohne mit den bisherigen Grundſätzen in Widerſpruch zu gerathen, den gewünſchten Zweck nicht erreichen konnte. Auch dieſer Erſcheinung aber könnte man zur Noth noch in ähnlicher Weiſe wie der vorhergehenden die Beweiskraft abſprechen. Dagegen halte ich dies für völlig unmöglich rückſichtlich eines dritten Punktes, nämlich der auf beiden Gebieten bis zur äußerſten Conſequenz in Anwendung gebrachten Methode der dialektiſchen Zerſetzung. Wir werden bei der Technik ſehen, daß gerade dieſe Methode und die Schärfe und Strenge, mit der ſie durchgeführt ward, den entſcheidenden Charakterzug des ältern Rechts bildet. Dieſer charakteriſtiſche Zug der juriſtiſchen Technik nun findet ſich in der Religion in einer Weiſe wieder, die jeden Gedanken an eine Zurückführung desſelben auf das Volk abſolut unmöglich macht, und die nur in der ſcholaſtiſchen Literatur und in den Schriften der Talmudiſten und Je-

(z. B. beim öffentlichen votum, bei der devotio, dedicatio u. ſ. w.) durch den Pontif. Maximus (Brissonius c. 181, c. 192 und anderwärts), die Zuziehung eines custos (Plinius Hist. nat. XXVIII, 3).

544) Die claſſiſche Stelle darüber iſt Plinius Hist. nat. XXVIII, 3—5.

545) So z. B. die Erſetzung der Menſchenopfer durch geflochtene Binſenmänner. Hartung, römiſche Religion Bd. 2 S. 103 fl. Es galt ja, wie Serv. Aen. II, 116 ſagt, als Grundſatz, daß bei den Opfern der Schein für die Wirklichkeit genommen werde, und daß man daher, wenn man ſich die nöthigen Thiere nicht verſchaffen könne, ſie von Wachs oder Brod nachformen könne. Hartung Bd. 1 S. 160. Wir haben dieſen Punkt bereits Bd. 1 S. 351 berührt.

Digitized by Google

suiten, also ebenfalls theologisch-juristischer Schriftgelehrter, ihr Seitenstück findet. In der Weise spaltet nicht der Glaube und eben so wenig das naive Rechtsgefühl des Volks. Die römischen Götter sowohl wie die römischen Begriffe sind zum großen Theil Producte des gelehrten Laboratoriums. Die ganze römische Götterlehre ist nichts als ein Musterstück oder richtiger eine Verirrung der zersetzenden Kraft, sie enthält keine Individuen von Fleisch und Blut, wie die griechischen Götter es waren, sondern ein System von abstracten Unterscheidungen. Alle Ereignisse und Erscheinungen der Natur, alle Kräfte, Eigenschaften, Tugenden, Fehler der Menschen, ihre Zwecke, ihre Arbeit und selbst die trivialsten Verrichtungen sind bis ins Kleinste hinein zergliedert, aus jedem Begriffsatom ist ein Gott geschaffen.[546]) Ein Pontifex, der einen spitzfindigen Unterschied entdeckte, hatte einem neuen Gotte das Leben gegeben!

So widerwärtig und unnatürlich eine derartige Behandlungsweise am religiösen Stoff war, so vollkommen entsprechend war sie dem rechtlichen, und wenn man den Pontifices einerseits die abstracten Götter mit Recht zum Vorwurf machen darf, so muß man andererseits, um das Gleichgewicht herzustellen, gegen die Götter die Rechtsbegriffe in die Wagschale werfen.

Gehen wir von der Methode zum Einzelnen über, so findet sich auch hier wiederum eine reiche Ausbeute. Zunächst die interessante Thatsache,[547]) daß die oberste Eintheilung den Göttern und dem Recht gemeinschaftlich war. Jener für die Systematik des römischen Rechts so wichtig gewordene Gegensatz von res und

546) S. Ambrosch in dem oben angeführten Werk, dem ich auch die im Texte folgende Notiz über die Classification der Götter nach der Kategorie von res und persona entnommen habe.

547) Dadurch rechtfertigt sich also wenigstens zum Theil die Vermuthung von Hugo (Civil. Magaz. Bd. 6. S. 284), die Eintheilung in res, personae und actiones sei ursprünglich nicht für das Recht erfunden, sondern nur auf dasselbe übertragen; die Bedenken, die dagegen von Anderen (z. B. von Savigny, System Bd. 1 S. 396) ausgesprochen sind, erledigen sich durch die obige Darstellung.

Digitized by Google

persona, nach dem von Gajus' Zeit an das materielle römische Recht anderthalb Jahrtausend vorgetragen ist, war ursprünglich ein Gesichtspunkt zur Classification der Götter, — die actiones in rem und in personam fanden ihr Vorbild unter den Göttern, auch letztere gingen, mit juristischem Ausdruck gesprochen, entweder in rem oder in personam, je nachdem das Verhältniß, der Gegenstand, den man ihnen zum Sitz bestimmt hatte, eine Sache oder eine Person betraf.

Es ist oben aus inneren Gründen angenommen, daß die Pontifices sich im geistlichen Recht durch dieselben Anschauungen und Tendenzen haben leiten lassen, wie im weltlichen; dazu jetzt einige Belege. Ein Grundzug des älteren Civilrechts war die Abneigung gegen alles Ungewisse und Unbestimmte, die Richtung auf das certum. Man vergleiche damit die Controverse der Pontifices bei Livius XXXI, 9. Nach früherem Recht waren die öffentlichen Spiele nur von bestimmtem, real dafür ausgeworfenem Gelde (pecunia certa) gelobt,[548] und als im Jahre der Stadt 552 ein Consul im öffentlichen Auftrage Spiele und ein Geschenk schlechthin gelobte, erklärte der Pontifex Maximus dies für ungültig, indem er es bestritt: ex incerta pecunia vovere debere; si ea pecunia non posset in bellum usui esse, reponi statim debere nec cum alia pecunia misceri, quod nisi factum esset, votum rite solvi non posse, während das Collegium sich für die freiere Ansicht entschied, die auch im Civilrecht späterhin in manchen Anwendungen sich Eingang verschaffte.

Ein anderer Grundzug des älteren Rechts war die zersetzende Methode (B. 4 § 49—55). Kein Rechtsgeschäft kann zwei verschiedene Rechtsverhältnisse, keine Klage zwei verschiedene Ansprüche umfassen. Eben so wenig kann ein Tempel zwei verschiedene Götter aufnehmen.[549]

548) Toties ante ludi magni de pecunia certa voti erant, ii primi de incerta.

549) Liv. XXVII, 25: . . cum aedem Honori et Virtuti vovisset,

Digitized by Google

Ein wahrer Knotenpunkt juriſtiſcher Grundſätze und gewiß der Ausgangspunkt mancher Lehren, die wir heutzutage nur noch als civiliſtiſche kennen, war das Votum. Um der Terminologie: voti reus, damnatus, vota solvere, reddere, vota rata, irrita, caduca, titulus u. ſ. w. und des bereits angeführten Grundſatzes über certa pecunia zu geſchweigen, ſo war das Votum dasjenige Verhältniß des geiſtlichen Rechts, bei dem von jeher Bedingungen vorkamen[550]) und bei dem die Veranlaſſung zur Ausbildung einer Theorie der Bedingungen unerläßlich war.[551]) Ebenſo war die ſchriftliche Aufzeichnung und die auf die »tabulae« Bezug nehmende nuncupatio, welche die ſpätere Form der Teſtamente bildete, bei dem Votum etwas ganz Gewöhnliches.

Auch die rückwirkende Kraft war dem geiſtlichen Recht bekannt und zwar bei einem Verhältniß, bei dem die Annahme, daß ſie hier von Alters her ſtattgefunden, ſchwerlich auf Widerſpruch ſtoßen dürfte.[552]) Und wer wird nicht gleich an die exheredatio nominatim facta und inter ceteros erinnert, wenn er hört, daß derſelbe Gegenſatz auch bei Anrufung der Götter ſtattfand, und daß hier der Ausdruck ceteri ſogar ein techniſcher

---

dedicatio ejus a pontificibus impediebatur, quod negabant unam cellam duobus recte dedicari, quia si de coelo tacta aut prodigii in ea aliquid factum esset, difficilis procuratio foret, quod, utri Deo res divina fieret, sciri non posset; neque enim duobus nisi certis Deis rite una hostia fieri.

550) Es gab unbedingte und bedingte Vota. Man vergleiche rückſichtlich der letzteren die Menge von Beiſpielen, die Brissonius a. a. O. c. 159 bis 162 zuſammengeſtellt hat, z. B. si bellatum prospere esset, si rediero u. ſ. w.

551) Ein Verhältniß des weltlichen Rechts, bei dem dasſelbe ebenfalls von Alters her der Fall war, ſ. oben S. 159 Note 235.

552) Es iſt genannt in l. 28 § 4 de stip. serv. (45. 3): . . heredis familia ex mortis tempore funesta facta intelligitur. Die Idee der rückwirkenden Kraft der Antretung der Erbſchaft für das Civilrecht wird in dieſer Stelle geradezu auf dies Argument geſtützt, und es kann kaum zweifelhaft ſein, daß das geiſtliche Recht dieſe Idee hier früher hatte und haben mußte als das Civilrecht.

Digitized by Google

war?[553]) Selbst die Idee, daß die Erbeutung die normale Quelle des Eigenthums sei (Bd. 1 S. 108 fl.), fand in dem »capere« der Vestalischen Jungfrau ihren religiösen Ausdruck,[554]) und das jus liberorum und den Begriff der »excusatio« kannte das geistliche Recht jedenfalls längst vor dem Civilrecht;[555]) dasselbe ist von dem Begriff der Caducität zu behaupten.[555a]) Selbst die operae servorum führen auf die Wurzel des geistlichen Rechts zurück,[555b]) die condictio der gleichnamigen legis actio war ein Begriff der Auguraldisciplin.[555c])

Nach allen diesen Belegen wird sich die Behauptung rechtfertigen, daß die Pontifices eine eigene Theorie und Methode, kurz eine Jurisprudenz besaßen. Ist nun schon die Jurisprudenz der großen Masse überall etwas Unverständliches, so erklärt es sich aus der eigenthümlichen zunftmäßigen Abgeschlossenheit, in der sie in Rom auftritt, sehr wohl, wie sie hier geradezu den Eindruck einer Geheimlehre machen konnte.

So tief das römische Volk diese Absperrung und die damit verbundene Entfremdung des Rechts empfinden mochte, so war dieselbe doch für die technische Entwicklung des Rechts selbst von

553) Brissonius a. a. O. c. 88. Liv. VI, 16: .. Jupiter .. ceterique dii deaeque, und die dort abgedruckte Stelle von Servius: .. more Pontificum, per quos ritu veteri in omnibus sacris post speciales Deos, quos ad ipsum sacrum quod fiebat necesse erat invocari; generaliter omnia numina invocabantur.

554) Gellius I, 12 § 13: veluti bello capta. Damit vergleiche man Gaj. IV, 16.

555) Gell. a. a. O.: excusandam (filiam, nämlich gegenüber dem capere zur virgo vest.) ejus, qui liberos tres haberet.

555a) Fest.: Caduca auspicia, cum aliquid in templo excidit velut virga e manu.

555b) Serv. ad Aen. XI, 558. In sacris legitur posse etiam operas consecrari ex servis, usque dum solvatur caput hominis. Dasselbe Verhältniß wird hier (und 591 ibid.) auch in Anwendung auf die Tochter erwähnt: famulam voveo.

555c) Serv. ibid. III, 117. Eine andere Parallele derselben mit dem Recht bietet das Erforderniß der Einheit des Tages bei den Auspicien (Gell. III, 2, 10) und bei dem Testament (l. 21 pr. Cod. de test. 6. 23).

Digitized by Google

heilsamem Einfluß. Der Atmosphäre der Volksthümlichkeit bis zu einem gewissen Grade entrückt, hatte das Recht sich so zu sagen zurückgezogen an einen abgelegenen Ort, an dem es ungestört seine Schuljahre durchmachen konnte. Die Schule, in die es hier kam, war eine strenge; man merkt dem älteren Recht überall an, daß es nicht wild aufgewachsen ist, wie unser deutsches Recht, sondern daß es schon früh unter die Leitung eines fast pedantisch gestrengen, aber consequenten Zuchtmeisters gerathen ist.[556]) Allein gerade dieser Strenge verdankt das römische Recht im wesentlichen jene Solidität und Festigkeit seines Fundaments, jene Einfachheit und Consequenz seiner ganzen Anlage. Um aber eine solche Zuchtmeisterrolle über das Recht auszuüben, dazu bedurfte die Jurisprudenz jener Autorität und exceptionellen Stellung, wie nur eine geistliche Corporation von der Art des Pontificalcollegiums sie zu behaupten vermochte.

Von dem Übergange der Rechtspflege und Rechtswissenschaft von den Pontifices auf die Prätoren, beziehungsweise nichtzünftige Juristen, weiß die Geschichte uns weiter nichts zu berichten als die Zeit. Nach Pomponius soll die Herrschaft der Pontifices bald nach den XII Tafeln (303) begonnen und beinahe ein Jahrhundert bestanden haben. Man könnte darnach auf die Idee kommen, daß die Einführung der Prätur ihr ein Ende gemacht habe (387). Allein ganz abgesehen davon, daß solch ein plötzlicher und gewaltsamer Umschwung aller sonstigen historischen Entwicklung in Rom widersprechen würde, so beschränkte sich die ursprüngliche Dotation der Prätur auf denjenigen Antheil an der Rechtspflege, den damals die Consuln in Händen hatten, und noch in der Mitte des folgenden Jahrhunderts bei Gelegenheit des Berichts über die bekannte That des Flavius[557]) bezeichnet Livius (IX, 46) das

556) Eine ähnliche Idee scheint auch dem Pomponius vorgeschwebt zu haben, wenn er von den legis actiones in L. 2 § 6 de orig. jur. (1. 2) sagt: quas actiones ne populus prout vellet instituerent, certas solennesque esse voluerunt.

557) L. 2 § 7 de orig. jur. (1. 2).

Digitized by Google

jus civile als repositum in penetralibus pontificum, und am Anfang des sechsten Jahrhunderts konnte es als eine Merkwürdigkeit gelten, daß der erste Pontifex Maximus aus der Plebs, Tib. Coruncanius, Jeden, der Lust hatte, zu seinem Rechtsunterricht zuließ. Auch jetzt muß das jus civile und jus pontificium noch eine Zeit lang als gleichbedeutend gegolten haben. [558])

Nach allem diesem möchte sich etwa die Mitte des fünften Jahrhunderts als der Wendepunkt bezeichnen lassen. Verstattet man mir über die Art und Weise, wie der Umschwung erfolgte, eine Muthmaßung, so möchte ich denselben in folgender Weise construiren.

Den ersten Anstoß zu einer Änderung des bisherigen Zustandes finde ich in der Einführung der Prätur. Bekam auch der Prätor ursprünglich kaum etwas mehr als den Antheil, den bisher die Consuln an der Rechtspflege ausgeübt hatten, so ist es doch ganz erklärlich, daß die Abzweigung dieses Bestandtheils der consularischen Gewalt zu einer eigenen Magistratur in ähnlicher Weise wie bei der Censur eine bedeutende Steigerung desselben zur Folge haben mußte. Das Wachsen der Prätur aber war nur möglich auf Kosten der Pontifices, und es ist außer Zweifel, daß letztere schließlich ihren Antheil an der Rechtspflege, d. h. nach meiner Hypothese (B. 1 S. 298 fl.) die legis actio sacramento an die Prätoren verloren haben, denn in der Darstellung dieser legis actio bei Gajus ist nur vom Prätor die Rede. Die Veränderung, die bei dem Übergange derselben auf die Prätoren eintrat, war eine doppelte; einmal nämlich die Verweltlichung des sacramentum (dasselbe fiel jetzt ans Ärar statt wie früher an den geistlichen Fond) und sodann der Erlaß der reellen Deposition der Summe gegen Sicherheitsbestellung an den Prätor. Allein bevor eine solche totale Reform des bisherigen Zustandes eintrat, muß dieselbe, wenn sich das Gesetz der historischen Entwicklung

558) S. z. B. Liv. XXX, 1 (a. U. 549): .. juris pontificii peritissimus.

Digitized by Google

in Rom hier nicht ausnahmsweise völlig soll verläugnet haben, allmählig vorbereitet gewesen sein, es muß ein Übergang Statt gefunden haben. Solche Übergänge pflegten in Rom in der Weise zu erfolgen, daß dem Alten ein Neues an die Seite gesetzt ward. Im vorliegenden Falle glaube ich nun, daß dieser Übergang durch die beiden Gesetze vermittelt ward, welche nach Gajus die legis actio per condictionem einführten, die lex Silia und Calpurnia. [559]) Den Pontifices verblieb nach wie vor die legis actio sacramento, allein da die neue Prozeßform einen entschiedenen Vortheil bot, nämlich die Ersparniß des Succumbenzgeldes, so läßt sich annehmen, daß in Fällen, wo sie anwendbar war (bei den actiones in personam auf Geld und andern res certae direct, bei act. in rem durch Einkleidung derselben in eine sponsio praejudicialis, d. h. also in allen Fällen der pontificischen Competenz), sich kaum Jemand mehr an die Pontifices wandte. So ward denn die Gerichtsbarkeit derselben zwar nicht direct, aber indirect durch diese Maßregel beträchtlich geschmälert, sie gerieth nach und nach in Abnahme und Vergessenheit, und die Übertragung der legis actio sacramento auf die Prätoren und Centumvirn ließ sich ohne wesentlichen Eingriff in ihre Rechte bewerkstelligen.

In Folge dieser Umgestaltung des Prozesses, die wir nach den obigen chronologischen Daten in die erste Hälfte des fünften Jahrhunderts setzen dürfen, mußte nothwendigerweise auch das bisherige Verhältniß in Betreff der Rechtskunde eine Änderung erleiden, und es möge mir erlaubt sein, auch hierüber eine Vermuthung zu äußern. Wollte die damalige Zeit nicht mit der ganzen bisherigen Theorie und Praxis brechen — und wer möchte so etwas für denkbar halten? — so mußte sie sich die Kenntniß derselben von den Pontifices zu verschaffen suchen. Das ein-

559) Auf diese Weise würde sich der Zweifel von Gajus IV, § 20 erledigen: quare autem haec actio desiderata sit, cum de eo, quod nobis dari oportet, potuerimus sacramento (aut per judicis postulationem) agere, valde quaeritur.

Digitized by Google

fachste und wirksamste Mittel dazu war Eintritt in das Collegium, und ich glaube, daß dies bis auf Coruncanius der alleinige Weg war, den man einschlagen mußte, um Jurist zu werden. Das Collegium war, so zu sagen, die Rechtsfacultät, bei welcher der zukünftige Jurist seine Schule durchmachte, die Juristenzunft, in die er sich aufnehmen ließ, ähnlich wie dies noch heutzutage bei den Inns in England der Fall ist. Wie aber bei letztern ursprünglich nur die filii nobilium Zutritt hatten, so bei den Pontifices nur die Patricier, bis im Jahre 452, also drei Jahre nach der Veröffentlichung der legis actiones durch Flavius und vielleicht unter dem Einfluß dieses Ereignisses auch die Plebejer mittelst Creirung von vier neuen Stellen Aufnahme erlangten. [560]) Da die Eigenschaft als Pontifex die Beförderung zu einem höhern Staatsamt [561]) nicht ausschloß, so stand jedem Pontifex die praktisch-juristische Laufbahn offen, und so ward z. B. gleich einer der vier ersten plebejischen Pontifices zum Prätor erwählt.

War nun schon der Eintritt der Plebejer und die Verdoppelung der Stellen für die Verbreitung juristischer Kenntnisse sicherlich nicht ohne Bedeutung, so ward der letzte Rest des Zunftzwanges durch die oben berichtete Neuerung des Coruncanius völlig beseitigt. Von jetzt an war der Bann gebrochen und die Jurisprudenz eine freie Kunst und Wissenschaft geworden. Bald nach ihm war bereits die Sitte des öffentlichen Respondirens in lebendigster Übung. [562])

Diese Veränderung muß sowohl für die Rechtspflege als die

560) Liv. X, c. 6—9.

561) Selbst nicht zum Consulat Liv. XXIII, 21 i. f., rücksichtlich des Pont. Max. s. Liv. epit. 59. Eine merkwürdige Stelle über die pontifices ist die der Scholia Bobiensia in orat. pro Scauro (Orelli II p. 375): Certi pontifices in saliatu manebant et in ceteris quibusdam sacerdotiis ... ubi haec administrassent, fiebant consules. Der Verfasser stellt sich also das Pontificalcollegium als eine Pflanzschule, eine Vorbereitungsanstalt tüchtiger Kirchen- und Staatsdiener vor.

562) L. 2 § 37 de orig. jur. (1. 2). Pomponius hat hier nur irrigerweise den Scipio Nasica vor Coruncanius gesetzt.

Digitized by Google

Jurisprudenz einen Wendepunkt begründet haben. Für jene — denn an die Stelle eines ständigen Collegiums, welches sich überall schwerer entschließt von der bisherigen Praxis abzugehen, traten jährlich wechselnde Prätoren und mit ihnen wiederum nicht lange nachher an die Stelle der spröden Form des Legisactionenprozesses die ungleich elastischere und freiere des Formularprozesses. Für diese: die Wissenschaft — denn der Stabilismus einer Zunftlehre machte der Freiheit der individuellen Meinung und Forschung, dem regen Wetteifer der Kräfte und Talente Platz. Freilich verging noch lange Zeit, bevor der Umschwung, der hiermit für die Wissenschaft eingeleitet war, sich gänzlich vollzogen hatte, und es würde sehr verkehrt sein zu glauben, daß die Jünger der Pontifices die Lehre und Methode der Meister verläugnet hätten; wir dürfen vielmehr die ganze Jurisprudenz dieser Periode als Eine und zwar als die pontificische Schule bezeichnen. Allein nichts desto weniger war doch die obige Veränderung in der äußern Form dieser Jurisprudenz der erste Ansatz und die unerläßliche Voraussetzung zu einer innern Umwandlung derselben.

Auch in dem Verhältniß der Jurisprudenz zum Volk trat jetzt eine wesentliche Änderung ein. Nicht als ob die Abhängigkeit des Volks von den Juristen dadurch beseitigt, das Recht dem Volk zurückgegeben worden wäre. Die Juristen blieben so unentbehrlich, wie die Handwerker es bleiben nach Aufhebung des Zunftzwanges. Jene Veränderung hob nicht die Jurisprudenz auf, sondern sie öffnete nur den Zutritt zu ihr. Diese Freiheit des Zutritts bedeutete aber nichts weiter als die Möglichkeit, durch Studium Jurist werden zu können, d. h. dem Volk als solchem kam sie unmittelbar gar nicht zu gute. Wohl aber, wie überall die Aufhebung des Zunftzwanges, mittelbar. Ich meine nicht sowohl den bereits angedeuteten inneren Aufschwung der Jurisprudenz, die höhere geistige Freiheit und Beweglichkeit derselben, kurz die gewöhnlichen Folgen, welche die Eröffnung der freien Concurrenz nach sich zieht, sondern die Änderung in dem

Digitized by Google

Verhältniß zwischen Volk und Jurisprudenz. Letzteres wurde ein ungleich innigeres und näheres. Zunächst schon dadurch, daß es ein freieres ward. Die Jurisprudenz verlor mit dem Zunftzwang nichts an ihrer Herrschaft, aber letztere verlor ihr Gehässiges. Bisher mehr oder minder Sache des Monopols, eine Folge der äußeren Stellung, war sie von jetzt an nur noch das natürliche Resultat und Zeugniß der geistigen Überlegenheit und Unentbehrlichkeit der Wissenschaft. Keine Macht verdiente und fand fortan so wenig Widerstand, Anfechtung und Neid, keine umgekehrt eine so bereitwillige Unterordnung und dankbare Anerkennung als sie. Sodann aber dadurch, daß sich die Jurisprudenz von jetzt an dem Dienste des Volkes in einer Weise widmen konnte und widmete, wie sie weder vorher, noch nachher ihres Gleichen kennt. Dieses Dienstverhältniß ist für das ganze Verständniß der römischen Rechtszustände und Rechtsentwicklung von so eingreifender Wichtigkeit, daß wir demselben eine nähere Betrachtung widmen müssen.

In der geringen Zahl sowohl wie der Amtsthätigkeit der Pontifices lag es begründet, daß dieselben nicht in dem Maße, wie ihre Nachfolger, dem juristischen Bedürfniß des Verkehrs gerecht werden konnten, und vielleicht war auch dies einer von den Gründen, der ihnen den Vorwurf der Geheimnißkrämerei einbrachte, jedenfalls aber ein wenn auch unverschuldeter, so doch höchst drückender Übelstand. Ihren Nachfolgern fiel es nicht schwer demselben abzuhelfen. Seitdem die Jurisprudenz eine freie Kunst geworden, fehlte es *ihr* weder an Jüngern, noch *letzteren* an Muße, um allen Wünschen des Volks in dieser Beziehung nachzukommen. Die Jurisprudenz ward und blieb Jahrhunderte lang eine Lieblingsbeschäftigung der höheren Stände — eine noble Passion,[563] ein Ersatz für eine versagte oder verschmähte, ein würdiger Rückzug für eine unterbrochene oder

563) Siehe den Ausspruch des Q. Mucius in L. 2 § 43 de orig. jur. (1. 2) turpe esse patricio et nobili et causas oranti jus in quo versaretur ignorare.

Digitized by Google

beendete politische Thätigkeit.[564]) Was man in ihr suchte und an ihr schätzte, war nicht bloß die wissenschaftliche Befriedigung, die das Studium als solches gewährte: Zerstreuung, Unterhaltung, Anregung, kurz der Reiz einer geistigen Gymnastik, sondern die Gelegenheit, sich auch ohne Staatsamt nützlich zu machen, ins Leben einzugreifen, Ansehen und Einfluß zu gewinnen. Ein Sichvertiefen in die Wissenschaft bloß ihrer selbst wegen war dem praktischen Sinn der Römer fremd; die Wissenschaft, die *sie* locken sollte, mußte nicht bloß dem Subject einen Genuß gewähren, sondern der Welt zu gute kommen. Gerade darauf eben beruhte die hohe Anziehungskraft der Jurisprudenz, daß sie nicht bloß dem wissenschaftlichen Bedürfniß, sondern auch dem Triebe nach praktischer Thätigkeit volle Befriedigung in Aussicht stellte. Sie war gewissermaßen der Abzugskanal für die im Staatsdienst nicht verwendbare, überschüssige praktische Kraft.

So kam die Jurisprudenz schon ihrer selbst wegen dem Leben mit größter Bereitwilligkeit entgegen. Ja mehr als das. Sie trieb ihren Diensteifer so weit, daß man sagen möchte, die Jurisprudenz habe mehr das Leben, als das Leben sie gesucht, und der Drang, die Dienste zu erweisen, auf der einen Seite sei stärker gewesen als der Wunsch sich ihrer zu bedienen auf der andern. Wir können uns den thätigen Antheil, den die Jurisprudenz an dem Geschäftsleben nahm, nicht ausgedehnt genug denken, und wenn Cicero den Juristen den Vorwurf macht, sie hätten das Recht so eingerichtet, daß sie überall mit dabei sein müßten,[565]) so dürfen wir demselben, indem wir ihn im übrigen auf sich beruhen lassen, jedenfalls die Thatsache entnehmen, um die es uns hier zu thun ist, die der *Allgegenwart des Juristen*.

564) Cic. de orat. I, 60 senectutem a solitudine vindicari juris civilis scientia.

565) pro Murena c. 11: notas composuerunt, ut omnibus in rebus ipsi interessent, womit er auf die Formeln zielt. Das Beispiel, das er folgen läßt, ist zwar dem Prozeß entlehnt, allein der Vorwurf selbst ein allgemeiner.

Digitized by Google

Letztere erleidet freilich eine Beschränkung. Gerade da nämlich, wo wir den Juristen nach unseren heutigen Verhältnissen am ersten erwarten würden, vor Gericht als Sachwalter, trat er, wenigstens späterhin, regelmäßig zurück, um den Platz der Partei selbst oder dem eigentlichen Redner zu überlassen.[566] Um dies zu begreifen, muß man die von unserer heutigen völlig abweichende Einrichtung des römischen Prozesses kennen, wonach derselbe in zwei Theile zerfiel, jus und judicium, oder in ein Verfahren vor dem Prätor und vor dem Richter, judex. Dort hatte der Anspruch seine juristische Prüfung zu bestehen, d. h. ob er, das Vorbringen des Klägers als wahr angenommen, juristisch haltbar sei, ob und welche Einwendungen des Beklagten zuzulassen u. s. w., und es erfolgte darauf hin gewissermaßen ein hypothetisches Urtheil, nämlich die Instruction an den Richter zu condemniren oder zu absolviren, wenn sich die von der einen oder andern Partei vorgebrachten Thatsachen bewahrheiten sollten. Das Hauptaugenmerk des Richters war also auf den Beweis gerichtet, und daher erklärt es sich, daß derselbe kein Jurist zu sein brauchte und es regelmäßig auch nicht war, und sodann daß die Lehre vom Beweise, die in unserer heutigen Jurisprudenz eine so große Rolle spielt, in der römischen ungleich weniger hervortritt, da sie mehr Sache des Redners, als des Juristen war.[566a] Allerdings

566) So wenigstens zu Cicero's Zeit. Ob es früher anders gewesen, und aus welcher Zeit die Trennung zwischen Juristen und Redner herrührt, läßt sich nicht bestimmen. Von dem Juristen als solchem wird auch in älterer Zeit immer nur das respondere, nie das causas orare erwähnt, und von ersterem trägt er auch seinen Namen: jureconsultus. Von Tubero heißt es in L. 2 § 46 de orig. jur. (1. 2): transiit a causis agendis ad jus civile. Ähnlich von Servius § 43 ibid. Schon im sechsten Jahrhundert der Stadt verbot ein Gesetz, die lex Cincia, sich pro causa oranda bezahlen oder beschenken zu lassen. Schon damals also scheint es ein Erwerbszweig gewesen zu sein, und ist es übrigens auch trotz der lex Cincia geblieben. Tac. Ann. XI, 5—7.

566a) Darum waren es auch Redner und Lehrer der Beredsamkeit, wie Cicero und Quintilian, welche sie wissenschaftlich behandelten, während uns von einem Juristen kein Werk darüber genannt wird. Wie der Jurist sich

Digitized by Google

handelte es sich bei der richterlichen Untersuchung nicht lediglich und ausschließlich um die Thatfrage, sondern auch um die rechtliche Beurtheilung derselben, allein in der Regel nur so weit, als dazu die gewöhnlichen Rechtskenntnisse eines Laien ausreichten. Wo ausnahmsweise ein mehreres erforderlich war, namentlich also bei intrikaten Rechtsfragen, Controversen u. s. w., holte der Richter Belehrung bei einem Juristen ein, oder hatte ihn als Beisitzer (Consessor), [566b]) oder die interessirte Partei oder deren Sachwalter brachte von demselben ein Gutachten oder ihn selbst als Gewährsmann mit vor Gericht.[567]) Insoweit pflegte also auch ein Jurist in die Verhandlungen vor dem Richter einzugreifen, im übrigen aber fielen dieselben, wie gesagt, gewöhnlich dem Patron d. i. dem Redner zu. Wo der Richter ein Laie war, begreift es sich, daß auch der Sachwalter keiner großen Rechtskenntniß bedurfte. Eine eigentlich gelehrte juristische Bildung ging ihm regelmäßig ab,[568]) aber nichts desto weniger mußte sein Beruf ihn mehr mit dem Recht vertraut machen als den gewöhnlichen Laien, und er mochte eine ähnliche Mittelstufe

zur Beweisfrage selbst im concreten Fall verhielt, darüber s. die Mittheilung von Boethius ad Cic. Top. X, 11 § 50 (Orelli I p. 346). Juris peritus de facti qualitate, non etiam de ipsius facti veritate respondet. Idcirco quoties ad Gallum peritum juris facti quaestio deferebatur: »Nihil ad nos« inquiebat et ad Ciceronem potius consulentes i. e. ad rhetorem remittebat.

566b) Cic. de finib. II 19: judex dicere consessori solebat.

567) Cic. Top. 17: nam et adsunt multum et adhibentur in consilio et patronis diligentibus ad eorum prudentiam confugientibus hastas ministrant. L. 2 § 49 de orig. jur. (1. 2). . . judicibus scribebant aut testabantur qui illos consulebant.

568) Dies gibt auch Cicero von sich zu, ungeachtet er doch einen Cursus in der Jurisprudenz bei Quintus Mucius durchgemacht hatte, pro Murena 13 und de orat. I, 58. Wie weit die Unkenntniß der Redner gereicht haben mag, sieht man aus Cic. de orat. I. 56 sq. quod vero impudentiam admiratus es eorum patronorum u. s. w. Servius (cum in causis orandis primum locum obtineret . .) war so unkundig, daß er nicht einmal ein Responsum des Quintus Mucius sofort verstand. L. 2 § 43 de orig. jur. (1. 2).

Digitized by Google

zwischen Laien und Juristen einnehmen wie das heutige Subalternpersonal der Gerichte. Was man von ihm verlangte, war nicht Wissen, Studium, sondern das Talent und die Künste des Advokaten, Fluß und Glanz der Rede, eindringliche Diction, schlagfertige Dialektik, dreistes, muthiges Auftreten selbst bei schlechter Sache, kurz Eigenschaften, die, wie Cicero bemerkt, auch in Rom nicht Jedermanns Sache waren.[569]) Es verräth den feinen Takt der Römer, daß sie diesen Beruf weniger achteten als den des Juristen, eine Thatsache, die Cicero bezeugt, indem er sie bekämpft. Der Jurist konnte der Wahrheit die Ehre geben, er blieb dem Gezänke und dem Kampfe der Leidenschaften fremd und nahm für seine Gefälligkeit kein Geld. Der Redner aber, dem nicht selten erst die Aussicht auf Lohn den Mund öffnen mußte,[570]) hatte die Verpflichtung sich auf den Standpunkt der Partei zu stellen; er konnte es oft nicht umgehen, die Wahrheit zu bestreiten, der Lüge seine Zunge zu leihen, das Sachverhältniß zu entstellen und zu verwirren, spitzfindige Argumente vorzubringen, an die er selbst nicht glaubte — kurz zu Mitteln seine Zuflucht zu nehmen, die vor der Kritik des feineren Ehrgefühls nicht die Probe bestehen.[571])

Wie es sich nun auch mit dieser Theilung der Arbeit zwischen dem eigentlichen Juristen und Redner verhält, der Umfang der Geschäftsthätigkeit des ersteren blieb immerhin noch ein so ausgedehnter, daß der Ausdruck: Allgegenwart des Juristen ein völlig angemessener ist. Der thätige Antheil, den derselbe am

569) pro Murena c. 13. Sic nonnullos videmus, qui oratores evadere non potuerunt, eos ad juris studium devenire.

570) Tac. Ann. XI, 7: eloquentiam gratuito non contingere.

571) In recht anschaulicher Weise tritt dieser Gegensatz zwischen Juristen und Redner in der Anekdote hervor, die Cicero de orat. I, 56 mittheilt. Das Responsum, das der Jurist ertheilt hatte, war verum magis, quam ad rem suam (consulentis) accommodatum. Der Redner aber wußte dagegen Rath: alludens varie et copiose multas similitudines afferre multaque pro aequitate contra jus dicere u. s. w., kurz er accommodirte seine Ansicht dem Bedürfniß und dem Wunsch der Partei.

Digitized by Google

Rechtsleben nahm, beschränkte sich keineswegs auf rein juristische Dinge, auf Ertheilung eines rechtlichen Gutachtens (respondere), Abfassung von Contracten, Testamenten u. s. w. (cavere, scribere),[572] sondern er erstreckte sich auch auf Maßregeln rein wirthschaftlicher Art, und selbst auf Fragen des Familienlebens, z. B. Verheirathung der Tochter.[573] Der Jurist war der Vertrauensmann der Familie, ohne dessen Rath nichts geschah, und oft gewiß auch der Unterhändler und Vermittler, kurz er nahm ungefähr dieselbe Stellung ein, welche in katholischen Gegenden vielerwärts der Beichtvater zu bekleiden pflegt. Seine Dienstleistungen waren mehr *prophylaktischer* Art, während die des heutigen mehr *therapeutischer* Art sind.[574]

---

572) Auf Grund der militia urbana respondendi, scribendi, cavendi bei Cic. pro Murena c. 9 hat man die gesammte praktische Thätigkeit in drei abgesonderte Zweige: respondere, scribere, cavere zerlegen wollen, und Bach Hist. Jurisp. II, 2, § 8—11 gibt sich die erdenklichste Mühe, dieselben zu bestimmen und gegen einander abzugränzen. Allein ich glaube, man hat hier Cicero zu viel Ehre angethan; ich wenigstens kann in seiner angeblichen Classification nichts als eine höchst äußerliche, wissenschaftlich völlig werthlose Aufzählung einzelner juristischer Geschäfte erblicken, und er selbst war wohl weit davon entfernt, ein weiteres zu beanspruchen, denn sonst hätte er doch in seiner Schrift de oratore I, 48 das scribere nicht völlig weglassen und dafür agere setzen können, was Puchta Curs. der Instit. I, § 76 veranlaßt, noch von einem „vierten Bestandtheil" zu reden. Auf Grund der Stelle in de republ. V, 3. . . responsitando et *lectitando* et scriptitando hätte Puchta noch einen fünften Bestandtheil annehmen können! Der Versuch von Bach hätte, wie ich meine, jeden Späteren von dem Glauben an den Werth dieser Eintheilung heilen sollen. Enthält denn das scribere einen Gegensatz zu cavere und selbst zu respondere? Wer ein *schriftliches* Gutachten ausstellte, der nahm zugleich das scribere und respondere vor (L. 2 § 49 de orig. jur. 1. 2), wer einen Contract aufsetzte, das cavere und scribere u. s. w. Von einer solchen Eintheilung sollte man lieber schweigen als reden, jedenfalls nicht zu viel Wesens von ihr machen.

573) Cic. de orat. III, 33. Ganz ähnlich ist die Stellung des Gesetzkundigen oder Geistlichen im Islam, von Tornauw, Moslem. Recht S. 56.

574) Ein Gegensatz, den Cicero pro Murena 13 mit salubritas und salus bezeichnet, indem er jene dem Juristen, diese dem Redner zuweist.

Digitized by Google

Gewiß war es nicht der bloße Thätigkeitsdrang oder eine uninteressirte Dienstfertigkeit, die ihn zu seinen Mühewaltungen bestimmte; auch er selbst wünschte dabei seine Rechnung zu finden. Und allerdings fehlte der Lohn nicht. Nur war's freilich kein klingender; die Consultanten kamen mit leeren Händen. Aber wenn auch kein Geld, so brachten sie doch etwas anderes, das einem unabhängig gestellten Römer nicht geringer galt — Ehre, Achtung, Ansehen, Popularität und Einfluß.[575] Je mehr Consultanten, desto höher der Ruf des Juristen; am Consultirtwerden erkannte man den »Jure consultus«. Wessen Haus den ganzen Tag über von ihnen nicht leer ward, bei wem sie, um mit Horaz[576] zu reden, schon beim ersten Hahnenschrei anpochten, und wem sie selbst auf dem Krankenlager keine Ruhe ließen,[577] so daß der Thürhüter Mühe hatte, sie abzuhalten,[577a] der genoß eine kaum minder geachtete und einflußreiche Stellung als die höchsten Würdenträger der Republik. Ein solches Haus galt in den Augen des Volks als ein öffentliches, in das Jeder aus- und einging, zu dem Jeder freien Zutritt hatte, es war nach Cicero[578] das Orakel der ganzen Stadt, und diese juristischen Erkundigungsbüreaus gehörten wesentlich mit zur Physiognomie Roms. Von dieser Auffassung ausgehend schenkte einst der Senat einem namhaften Juristen, um dem Volk den Weg zu kürzen, ein Haus an bequem gelegener

575) Der ex privatorum negotiis collecta gratia gedenkt Cicero de orat. III, 33. Wie sehr der Jurist auf Dank rechnete, darüber s. die Anekdote bei Val. Max. IX, 3, 2.

576) Hor. Sat. I, 10.

577) Cic. de orat. I, 45 . . . in ejus infirmissima valetudine affectaque jam aetate.

577a) Seneca de ira III c. 37: iratum ostiario causidici alicujus, quod intrantem submoverat. Daß auch der Redner es nicht viel besser hatte, darüber s. die Klage von Cic. ad Att. II, 14. Sein Haus ist so gut wie ein Gerichtszimmer, immer voll (Basilicam habeo frequentia Formianorum), kaum um 10 Uhr Abends hat er Ruhe (post horam IV molesti ceteri non sunt; die entsprechende Morgenstunde kann hier unmöglich gemeint sein).

578) de orat. I, 45 oraculum totius civitatis.

Digitized by Google

Stelle.[579]) Wer einen solchen Zuspruch zu Hause nicht erwarten konnte, wie zumeist der Anfänger, oder wer es dem Volk bequemer machen wollte, verstand sich zur ambulanten Praxis und verlegte, so zu sagen, sein Büreau auf die juristische Börse, das Forum, mitten in das Gewühl des Verkehrs und das Getriebe der Rechtspflege, um hier für alle Fälle des unmittelbarsten Bedürfnisses mit Rath und That sofort bei der Hand zu sein.[580])

Die ganze Einrichtung habe ich berührt nicht ihrer selbst wegen, sondern weil sie ein unentbehrliches Hülfsmittel für das Verständniß des römischen Rechts ist. Daß letzteres so und nicht anders geworden, hat zum wesentlichen in ihr seinen Grund; sie hinweggedacht — und Vieles hätte völlig anders werden müssen. Dahin gehört vor allem der von der römischen Jurisprudenz mit eiserner Strenge durchgeführte Formalismus (§ 46). Bei manchen Ausflüssen desselben[581]) muß, wie ich meine, jeden Unbefangenen ein gewisses Grauen beschleichen, und es gehört ein ganz eingefleischter Romanismus dazu, um keinen Anstoß an ihnen zu nehmen oder um gar für das heutige Recht ihre Gültigkeit zu vertheidigen. Man denke sich, daß an einem verkehrten Wort (z. B. heres ne esto statt exheres esto) die Gültigkeit des ganzen Testaments oder der Verlust des Prozesses hing, und daß ein einziges weggelassenes oder gesetztes et vermöge der Grundsätze des Accrescenzrechtes für den Erben oder Legatar Millionen wiegen konnte. So sehr immerhin die Strenge in der Handhabung des Wortes der Weise des römischen Volkes entsprach, so kann ich mir doch den Umstand, daß derartige Subtilitäten praktisch durchführbar waren, daß also das Volk sich nicht dagegen opponirte und sie abschüttelte, nur aus der obigen Einrichtung erklären. In der Hand des Juristen, welcher die Testamente und sonstigen Urkunden abfaßte, verloren sie ihr Gefährliches,

579) L. 2 § 37 de orig. jur. (1. 2).

580) Cic. de orat. III, 33.

581) Eine Blumenlese daraus habe ich bei einer anderen Gelegenheit zusammengestellt. Siehe meine Jahrbücher B. 1. S. 31 fl.

Digitized by Google

denn wenn demnächst das Wort auch aufs strengste urgirt ward, so kam doch kein anderes Resultat heraus, als welches die Partei selbst beabsichtigt und durch den Juristen nur in kunstgerechter Weise hatte formuliren lassen; was man den Worten entnahm, war in sie hineingelegt. Nur dadurch wurden meiner Meinung nach die strengen Gesetze, welche die Jurisprudenz dem Verkehr dictirte, möglich, daß die Juristen die Anwendung derselben auf alle schwierigeren Geschäfte des Lebens selber in die Hände nahmen, nur darum waren die schmalen und hart an Abgründen vorbeiführenden Wege, welche die ältere Jurisprudenz im Recht angelegt hatte, ungefährlich, weil jederzeit ein kundiger und williger Führer bereit stand. [582]) Die Allgegenwart des Juristen war ein stillschweigendes Postulat des alten Rechts — selbst im Lager treffen wir ihn. [582a]) Der Jurist mußte gegen den Juristen schützen; die Dienstfertigkeit des Praktikers war das unentbehrliche Gegengewicht gegen die strengen Anforderungen des Theoretikers; hätte es an diesem Gegengewicht gefehlt, die Theorie hätte nicht so lauten können, wie sie gelautet hat. Darauf beruhte auch die später den Soldaten in rechtlicher Beziehung eingeräumte eximirte Stellung. Dieselbe war nicht eine Sache der reinen Gunst und Bevorzugung, sondern sie war durch die eigenthümlichen Verhältnisse dieses Standes mit Nothwendigkeit geboten, denn dem Soldaten fehlte, ganz abgesehen von seiner eigenen geringeren Geschäftskenntniß, die stets bereite Hülfe des Juristen, da der „Lagerjurist" zwar dem Feldherrn und sonstigen hervorragenden Personen, aber nicht der Masse der gemeinen Soldaten zu Diensten stand.

Die Allgegenwart des Juristen bedeutete also für den Verkehr zuerst eine unentbehrliche Hülfe. Sie bedeutete aber so-

582) Copia jurisconsulti. Daß es daran gefehlt hätte: raro accipiendum est, L. 9 § 3 de jur. ign. (22. 6).

582a) Cic. ad fam. VII, 13 (an den Trebatius, der dem Feldherrn ins Lager gefolgt war): quod te imperator consulit. Bekanntlich auch im Lager des Varus.

Digitized by Google

dann zweitens auch einen heilsamen Einfluß auf denselben. Die Innigkeit des Verhältnisses zwischen der Jurisprudenz und dem Verkehr kam beiden zu gute. Dem Verkehr, indem die Jurisprudenz beständig die Hand an seiner Pulsader hatte und wußte, was ihm Noth that, und wie ihm zu helfen war. Der Jurisprudenz, indem sie, ohne den Anforderungen des Verkehrs in materieller Beziehung etwas zu versagen, dieselben in diejenige Form bringen konnte, die sie selber von ihrem Standpunkt aus für die wünschenswertheste halten mußte. Die Ansätze zur Bildung neuer Geschäfte, die das Leben machte, namentlich auf dem Gebiet der Verträge (man denke z. B. an das pactum de vendendo beim pignus), erhielten durch die Juristen ihre formelle Redaction. Indem letztere die Vertragsurkunden abfaßten, hatten sie es in ihrer Hand, ihnen die passendste Form zu geben, mit der juristischen Construction nicht erst zu beginnen, nachdem der Entwicklungsprozeß des Instituts abgeschlossen und dasselbe als fertiges, unabänderliches entgegenzunehmen war, sondern dasselbe von vornherein in die juristische Bahn zu leiten, ihm die richtige Form zu geben, kurz den Verkehr juristisch zu disciplíniren. Wie wäre aber diese juristische Erziehung, der das römische Recht so unendlich viel verdankt, denkbar gewesen ohne jene Allgegenwart des Erziehers?

Und wiederum frage ich, wie wäre letztere denkbar gewesen, wenn die Kunst in Rom, wie bei uns, nach Brod gegangen wäre? Für die Charakteristik der römischen Jurisprudenz ist es, so paradox es klingt, einer der wesentlichsten Züge, daß sie sich nicht bezahlen ließ. In diesem einen, scheinbar so äußerlichen Umstand liegt unendlich viel, liegt die halbe römische Jurisprudenz. Das Honorar des Juristen, so sehr es bei unseren heutigen Zuständen auf Nothwendigkeit beruht, darf nichts desto weniger als sein böser Dämon bezeichnet werden — ein Hinderniß seines vortheilhaften, eine Quelle seines unheilvollen Einflusses, ein Fluch unseres heutigen Rechtslebens. Das Geld ist es, das ihm da, wo er nicht fehlen dürfte: beim Abschluß der Rechtsgeschäfte,

Digitized by Google

den Weg versperrt, das Geld, das ihn, wenn er endlich im Fall der Noth zugezogen wird, auf Abwege lockt, auf Abwege, wo seine Kunst nur dazu dient, das Feuer der Zwietracht anzufachen und zu unterhalten, der Lüge und der Chikane die Mittel zum Widerstand zu leihen und dem Unrecht zum Siege zu verhelfen. Dem Honorar entspringen die frivolen und langen Prozesse, ihm verdanken wir die Juristen ohne Lust und Liebe, ohne Talent und Verständniß für ihre Wissenschaft, ihm das gerechte und ungerechte Mißtrauen des Volks gegen den Juristen, kurz *an dem Gelde klebt der Schmutz unseres Standes und die Erniedrigung unseres Berufes*.

Alles dies blieb der römischen Jurisprudenz erspart. Wer sich *ihr* widmete, suchte in ihr nicht Geld, sondern sie selbst; der *innere* Beruf war das Motiv für die Wahl des *äußeren*, die falschen, unfähigen, verdrossenen Jünger blieben ihr fern. Darum aber stieß sie auch im Volk nicht auf Abneigung, Mißtrauen, Widerstand; ganz und dankbar ergriff dasselbe eine Hand, die sich nicht, indem sie half, zugleich nach Geld krümmte. Daher die Allgegenwart des Juristen. Wo der rechtliche Rath und Beistand ein Handelsartikel ist, der nur gegen Bezahlung verabreicht wird, wie dies bei uns der Fall ist, ökonomisirt man im Gebrauch desselben, und der Jurist wird wie der Arzt häufig erst gerufen, wenn es zu spät ist. Anders in Rom, wo dieser Artikel keine Handelswaare, sondern eine res communis, überall umsonst zu haben war, wie Luft und Wasser. Hier durfte man von ihm den verschwenderischsten Gebrauch machen und machte ihn. Darauf aber beruhte wiederum die ganze Herrschaft und Macht der alten Jurisprudenz über das Leben, ihre Aufsicht, ihre Erziehungsgewalt, ihr bildender Einfluß, die Gewöhnung des Verkehrs an die Beobachtung des strengen juristischen Sprachgebrauchs, die Erträglichkeit der engen, knappen Geschäftsformen, die Möglichkeit der rücksichtslosen Consequenz, die Freiheit ihrer eigenen wissenschaftlichen Bewegung, kurz die Durchführbarkeit der alten Theorie und damit sie selbst.

Digitized by Google

Auch in Rom änderte sich dies, und als Ulpian [583]) seinen schönen Ausspruch that, den man der alten Jurisprudenz zu ihrer Devise geben möchte: civilis sapientia est res sanctissima, quae pretio nummario non sit aestimanda nec dehonestanda, hatte derselbe weder für die Lehrer des Rechts, denen Ulpian die Worte zurief, noch für den größten Theil der praktischen Juristen, die Advokaten, eine praktische Wahrheit mehr; die Einzigen, die noch in seinem Sinne handelten, waren jene namhaften von Staatswegen mit dem jus respondendi versehenen Juristen, deren Gedächtniß noch die ferne Nachwelt feiert. Wie wesentlich dies jus respondendi, wenigstens in der ihm später gegebenen Gestalt, mit dem Gesichtspunkt der Unentgeltlichkeit zusammenhängt, und wie es in den Händen von Leuten, die aus dem Respondiren eine Erwerbsquelle gemacht hätten, absolut unmöglich gewesen wäre, liegt auf flacher Hand.

Haften des Rechts an der Äußerlichkeit.

(Sinnliches Element des älteren Rechts.)

I. Der Materialismus.

Das sinnliche Element auf der inneren Seite des Rechts — der materialistische Zuschnitt der Begriffe und Institute. — Das furtum, damnum injuria datum, der Irrthum, Besitz und die Usucapion — wirthschaftliche und rechtliche Präponderanz der Sache; die Sache die Achse des älteren Verkehrs und der Ausgangspunkt des ganzen Vermögensrechts.

Leges tollunt astutias, quatenus manu tenere possunt. Cic. de off. III, 17.

XLIII. Hat uns der vorige Paragraph mit der Baumeisterin, so soll uns der jetzige mit ihrem Werk bekannt machen. Nicht alles und jedes freilich an diesem Werk gehört ihr an, und nicht alles, was wirklich von ihr herrührt, ist das Resultat eigentlicher Arbeit. Der juristische Instinkt, die glückliche Organisation

583) L. 1 § 5 de extr. cogn. (50. 13).

Digitized by Google

des römiſchen Rechtsgefühls, die bildende Kraft des Verkehrs u. ſ. w. ſind Gehülfen, die daran ebenfalls ihren Antheil hatten, aber es wäre vergebene Mühe, die Bauſteine, die der eine oder andere zugetragen hat, ſondern zu wollen. Im Wechſelverkehr mit dem Volk und Leben gab und nahm die Jurisprudenz, regte an und ward angeregt, beſtimmte und ward beſtimmt, und wenn wir daher die techniſche Geſtaltung des ältern Rechts als ihr Werk bezeichnen, während wir dasſelbe in genauerer Redeweiſe eine Schöpfung des juriſtiſchen Geiſtes des altrömiſchen Volks nennen müßten, ſo geſchieht es nur darum, weil ſie die hauptſächlichſte Trägerin und die eigentliche Perſonification dieſes Geiſtes war. Es iſt alſo nicht die bloße Methode der alten Jurisprudenz, mit der ſich die folgende Darſtellung beſchäftigen ſoll, ihre Art zu denken und zu operiren im Gegenſatz zu der des Volks, ſondern das Ringen des römiſchen Geiſtes mit dem Rechtsſtoff: das im Recht ſelbſt objectiv gewordene juriſtiſche Denken der Nation.

So enthält denn ſchon die erſte Erſcheinung, der wir uns in dieſem Paragraphen zuwenden, nichts weniger als ein Product der Jurisprudenz. Aber ſie gewährt uns etwas wichtigeres, nämlich einen höchſt wichtigen Aufſchluß über die Rechtsanſchauung der ältern Zeit; ſie ſignaliſirt uns den Höhepunkt ihrer Auffaſſungsweiſe, das geiſtige Niveau der Zeit, das auch für die Jurisprudenz maßgebend war. Die ſpäteren Paragraphen werden uns mehr und mehr in die eigentliche Werkſtätte der Jurisprudenz führen. Wie eng das Juriſtiſche und Nichtjuriſtiſche zuſammenhängt, können gerade ſie am beſten zeigen; denn derſelbe Gedanke, der uns in dieſem Paragraphen entgegentritt, der der Richtung der alten Zeit auf die Äußerlichkeit oder, wie ich es nennen will, das ſinnliche Element des Rechts, wird uns auch dort unausgeſetzt begleiten.

Die Sinnlichkeit iſt die Vorſtufe der Geiſtigkeit. Alles urſprüngliche Denken der Individuen und Völker iſt ein ſinnliches, der Geiſt macht ſich nur dadurch frei von der äußern Erſcheinung,

Digitized by Google

daß er eine Zeitlang an ihr gehaftet, in ihr die Vorschule des abstracten Denkens durchgemacht hat. Diesem Naturgesetz, das sich auf allen Gebieten des menschlichen Denkens und Wissens bewährt, unterliegt selbstverständlich auch das Recht.

Aber, wird man fragen, ist nicht das Wesen des Rechts damit unverträglich? Dasselbe besteht ja gerade in dem Sichlosreißen von der concreten, äußern Erscheinung, im Abstrahiren; jeder Begriff, jeder Rechtssatz enthält ja eine Abstraction, ein Allgemeines, das von dem Besonderen absieht. Gewiß; allein nichts desto weniger ist auch hier dem Sinnlichen ein breiter Zugang eröffnet. Zuerst und vor allem nämlich auf der Erscheinungs- oder Verwirklichungsseite des Rechts, d. h. in den Formen, in denen das Recht im Leben wie vor Gericht zur Anwendung und concreten Wirklichkeit gelangt. Dieser Seite entspricht innerhalb der Religion der Cultus, und derselbe Zug der Sinnlichkeit, der sich in letzterem als Ceremonienwesen ausprägt, führt im Recht zum Formenwesen; die Natur des Rechts setzt hier der Geltendmachung des sinnlichen Elements so wenig Widerstand entgegen, daß sie dazu umgekehrt die Aufforderung enthält. Es ist dies die Erscheinung des Formalismus, welche ich in § 45 u. fl. einer eingehenden Betrachtung unterziehen werde.

Anders freilich auf der inneren Seite des Rechts, der auf dem Gebiet der Religion das Dogma entspricht. Hier handelt es sich nämlich um ein Innerliches und Allgemeines, mögen wir es Rechtssatz oder Begriff nennen. In und aus den Verhältnissen des Lebens soll die Rechtsidee erkannt und entnommen und zur Allgemeinheit des Ausdrucks gebracht, von allem, was die concrete Anschauung besticht und bestimmt: der äußeren Verschiedenheit der Personen, Gegenstände, Verhältnisse, Lagen, Umstände abgesehen und der reine, abstracte juristische Kern herausgeschält werden. Ein Beharren in der sinnlichen Vorstellungsweise würde hier, wie es scheint, mit Nichtlösung der Aufgabe gleichbedeutend sein. Und in der That setzt das Recht vermöge seiner eigenthümlichen Natur hier der sinnlichen Anschauung einen ungleich stärkeren

Digitized by Google

Damm entgegen, als die Religion es thut. Denn die religiösen Ideen und Abstractionen nehmen willig concrete Gestalt an; die Abstraction der Kraft, in der dem Menschen zuerst die Ahnung des Göttlichen aufgeht, vergegenständlicht sich zu einem Gott, aber welche concrete Gestalt fände sich für die rechtlichen Abstractionen? Die Rechtsbegriffe und Rechtssätze bleiben, was sie sind; denn die bildliche oder selbst poetische Form ihres Ausdrucks betrifft eben nur die Fassung, nicht ihre innere Beschaffenheit und Substanz. Darum, glaube ich, ist es nicht gewagt zu behaupten, daß das Recht dasjenige Gebiet ist, auf dem der menschliche Geist nothwendig sich am frühesten zur Abstraction hat aufschwingen müssen; das erste Gesetz, mochte es betreffen, was es wollte, war der erste Ansatz des Geistes zur bewußten Allgemeinheit des Denkens, die erste Veranlassung und der erste Versuch, sich über das sinnlich Anschauliche zu erheben.

Allein so sehr nun auch einerseits das Recht gebieterisch zur Abstraction auffordert, so findet doch das sinnliche Element Gelegenheit genug, sich in und bei diesem Akt wieder einzudrängen. Der Geist abstrahirt — gewiß! aber die Sinnlichkeit ist das Prisma, durch das er das Material betrachtet, dem er seine Abstractionen entnimmt. Er gewinnt Rechtssätze — aber der Zuschnitt derselben ist ein substantieller; nur die gröberen, derberen, äußerlich in die Sinne fallenden Momente des Verhältnisses sind in ihnen berücksichtigt, die feineren nicht beachtet. So vergegenwärtigt uns diese Erscheinung, für die ich den Namen Materialismus wähle, gewissermaßen das Ringen der Abstraction mit der sinnlichen Anschauungsweise.

Zwischen Materialismus und Formalismus schiebe ich noch eine andere Erscheinung ein (§ 44), die gleichfalls unter den ihnen beiden gemeinsamen Gesichtspunkt des Haftens an der Äußerlichkeit fällt: das Haften am Wort oder die Wortinterpretation der älteren Jurisprudenz.

Digitized by Google

Die materialistische Anschauungsweise.

Die Gesetze und Begriffe einer rohen Zeit sind, wie die Menschen selber: rohe, ungeschlachte Gesellen, die nur ein Auge für das haben, was sie mit der Faust packen können, und wenn Cicero (de off. III, 17) den Gegensatz des Gesetzes und der Philosophie in Bezug auf die Behandlung desselben Problems dahin angibt: leges tollunt astutias, quatenus manu tenere possunt, philosophi, quatenus ratione et intelligentia, so hat er mit den ersteren Worten das altrömische Civilrecht in zutreffendster Weise charakterisirt. Das Handgreifliche, Äußerliche, Sinnliche, in die Augen Fallende ist der Grundzug aller Begriffe des ältern Rechts: überall das Überwiegen der Erscheinungsform über den Gedanken.

Wir betrachten die Privatdelicte des ältern Rechts, zunächst den Diebstahl. Der rein äußerliche, ganz vom Zufall abhängige, für die innerliche Beurtheilung der strafbaren Gesinnung völlig gleichgültige Umstand, ob der Dieb bei der That ertappt wird oder nicht (furtum manifestum und nec manifestum), begründet für die Bestrafung desselben den empfindlichsten Unterschied, dort fällt der Dieb dem Bestohlenen als Sklave anheim, hier kann er sich mit Zahlung des Doppelten abkaufen.[583a]) In beiden Fällen ist die Vollziehung der Strafe lediglich dem Bestohlenen anheim gestellt, der äußerlich durch den Diebstahl betroffen ist. Daß auch der Staat dadurch berührt wird, daß der Diebstahl zugleich einen Eingriff in die von ihm gehandhabte

583a) Noch weiter geht das deutsche Recht beim Markfrevel, s. Thudichum, Gau- und Markverfassung S. 272. Auch der Unterschied des älteren deutschen Rechts zwischen Mord und Todschlag ist rein auf die Äußerlichkeit der Begehungsweise („Offenheit und Heimlichkeit") gestellt, ohne Rücksicht darauf, ob der Verbrecher in Leidenschaft oder mit Überlegung gehandelt hat, „den Unterschied zwischen beiden bildet noch nicht die Verschiedenheit der Gemüthsstimmung, sondern die Verschiedenheit der Handlung selbst", Geib, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, I S. 183.

Digitized by Google

Rechtsordnung enthält, das ist der materialistischen Auffassungsweise der ältern Zeit zu hoch, denn diesen Eingriff sieht man nicht. Im Geiste des ältern Rechts wird man annehmen dürfen, daß die äußere diebische Ergreifung der Sache (contrectatio) zum Thatbestand des Diebstahls unerläßlich war, und daß die idealere Erfassung dieses Begriffs, welche von diesem Moment völlig absah, und welche Gellius[583b]) mit Recht als etwas höchst bemerkenswerthes hervorhebt, erst das Product einer späteren Zeit war.

Bei den Injurien spielt natürlich der Unterschied zwischen Real- und Verbalinjurien eine große Rolle. Während letztere, abgesehen von dem Fall der öffentlichen Schmähung und des Pasquills (wenn damit das occentare und carmen condere der XII Tafeln richtig wieder gegeben ist), nur den niedersten Strafsatz von 25 As begründen, übt bei den Realinjurien die äußere Art der Beschädigung einen großen Einfluß aus. Das »membrum ruptum« führt, wenn die Parteien über die Sühne nicht einig werden, zur Talion, das »os fractum vel collisum« wird bei Freien mit 300 As, eine Ohrfeige mit 25 As bezahlt.[583c])

Die lex Aquilia hatte bekanntlich keinen abstracten Begriff des damnum injuria datum aufgestellt, sondern die einzelnen Hauptfälle namhaft gemacht. Aus ihnen abstrahirte dann die ältere Jurisprudenz den Begriff des damnum injuria datum und formulirte ihn als damnum corpore corpori da-

---

583b) Noct. Att. XI, 18 § 23: meminisse debemus, furtum sine ulla quoque attrectatione fieri posse, sola mente et animo, ut furtum fiat, annitente.

583c) Über den Unterschied zwischen den beiden ersten Fällen habe ich nirgends eine befriedigende Auskunft gefunden. Sollte sich nicht Festus: Rupitias in XII significat damnum dederit benutzen lassen? Dann würde membrum ruptum nicht Bruch, sondern Beschädigung des Gliedes bedeuten und damit würde ein Gegensatz zu dem Bruch oder der Zersplitterung des Knochens (os fractum vel collisum) heraus kommen. In den altgermanischen Rechten ist der Unterschied ungleich schärfer und detaillirter entwickelt als im altrömischen. Wilda, Strafrecht der Germanen, S. 729—748.

Digitized by Google

tum,[584]) d. h. als Beschädigung eines Gegenstandes durch unmittelbare positive äußere Einwirkung auf denselben. Wer durch Öffnen des Käfigs das Entfliehen oder durch Einsperren den Tod eines Thieres verschuldet hatte, haftete für nichts, denn im ersten Fall war das Thier nicht beschädigt, im zweiten Fall nicht durch unmittelbare Einwirkung, dort lag kein damnum corpori, hier kein damnum corpore datum vor. Die lex Aquilia hatte sich in materialistischer Weise an den sichtbaren Schaden gehalten. Anders die neuere Doctrin, die dem Begriff der Beschädigung erst die erforderliche Ausdehnung gegeben hat. Den äußersten Gegensatz zu dem damnum injuria datum des alten Rechts bildet im neuern die actio de servo corrupto des prätorischen Edicts. In ihr prägt sich der ganze Umschwung der Anschauung aufs unverkennbarste aus, denn das corpore corpori datum ist hier in sein directes Gegentheil umgeschlagen, das Delict setzt nämlich voraus eine durch moralische Einwirkung (animo) bewirkte moralische Corruption eines Sklaven (animo datum).

Ebenso bedeutungsvoll wie die Delicte, die das ältere Recht kennt, sind diejenigen, die ihm fehlen. Plünderung einer Erbschaft (das spätere crimen expilatae hereditatis) gilt nicht als Unrecht; es ist ja Niemand da, dem die Sachen gehören, die Beziehung derselben zum künftigen Erben ist etwas lediglich im Gedanken Existirendes. Ebenso wenig ist der Betrug (dolus) ein Delict. Denn der Betrug enthält keinen äußeren Eingriff in eine fremde Rechtssphäre; eine falsche Nachricht, ein schlechter Rath u. s. w. ist an sich kein Delict, die Mittel, deren sich der Dolus bedient, sind äußerlich legale. Es ist der Wolf im Schafpelz, der Heuchler unter den Delicten; erst als man gelernt hatte, den Delictsbegriff nicht ausschließlich in einen sichtbaren Thatbestand zu setzen, sondern nach inneren Kriterien zu beurtheilen, griff man auch diesen Sünder, der früher frei durchschlüpfte.

584) Gaj. III 219. § ult. I. ad leg. Aq. (4. 3).

Digitized by Google

Der generellen Klage wegen Betruges (act. doli) gingen mancherlei specielle Betrugsklagen für gewisse einzelne Verhältnisse voraus,[584a]) wozu auch die wegen doloser Alienation von Seiten des insolventen Schuldners gehört. Der Begriff der Alienation ward dabei ursprünglich lediglich als Veräußerung von Sachen erfaßt (interdictum fraudatorium), während in späterer Zeit auch die Veräußerung von Rechten (z. B. Klagen) unter den Begriff gebracht wurde (act. Pauliana).[584b])

Erheben wir uns von den einzelnen Delicten des ältern Rechts zu seiner allgemeinen sowohl bei den Privatdelicten als bei den Verbrechen zur Anwendung gelangenden strafrechtlichen Anschauungsweise, so gibt es für die hier nachzuweisende materialistische Auffassung des ältern Rechts kaum einen sprechenderen Beleg als die Art, wie dasselbe das Verhältniß des inneren Moments der subjectiven Verschuldung zu dem äußern Moment der That erfaßte. Da ich selber bei einer andern Gelegenheit dieser Erscheinung eine eingehende Untersuchung gewidmet habe,[584c]) so möge es mir hier verstattet sein einfach darauf Bezug zu nehmen. Wenn irgendwo das Übergewicht der äußern Erscheinung über das innere Moment, an und in dem sie ihre Richtschnur finden soll, in schlagender Weise zu Tage tritt, so ist es an diesem Punkt.

Wenden wir uns von dem Strafrecht dem Civilrecht zu, so beschränke ich mich mit Ausschluß derjenigen Beispiele, welche besser in einem andern Zusammenhang zu behandeln sind,[584d])

584a) Meine Schrift über das Schuldmoment im römischen Privatrecht, Gießen 1867, S. 34, Note 70a.

584b) arg. L. 14 quae in fraud. (42. 8) Hac in factum actione non solum dominia revocantur (Sachveräußerungen) verum etiam actiones restaurantur.

584c) In der in der vorvorigen Note citirten Schrift.

584d) Siehe insbesondere die reale Art des Erwerbs des Eigenthums (§ 47), die sich auch im alten Pfandrecht (im pignus) wiederholte, bis dasselbe sich (in der hypotheca) von dem Erforderniß der realen Überlassung losmachte (Dernburg, Röm. Pfandrecht I S. 54, welcher mit Recht diese Form des Pfandrechts „als etwas so Raffinirtes und Ideelles bezeichnet, daß

Digitized by Google

auf solche, welche ausschließlich bei Gelegenheit des gegenwärtigen Gesichtspunkts ihre richtige Verwendung finden. Dahin rechne ich zunächst die Behandlung des Irrthums über das Object der Verträge. Das ältere Recht berücksichtigt nur den Irrthum über die Species (error in corpore), das neuere hingegen auch den über die Eigenschaften (s. g. error in substantia, materia).[585] Worauf beruht diese Verschiedenheit? Ich meine darauf, daß das ältere Recht die Richtung des Willens auf seinen Gegenstand mehr äußerlich, das neuere sie mehr innerlich erfaßt. Wenn der Käufer das bleierne Gefäß irrthümlich für ein silbernes hält und bezahlt, so hat er, sagt die ältere Jurisprudenz, nichts desto weniger dies Gefäß gewollt, sein Irrthum bezieht sich bloß auf etwas Innerliches, nicht auf die äußere Identität des Objects. Die neuere Jurisprudenz hingegen argumentirt folgendermaßen: Das Object, wie es äußerlich erscheint, ist nicht das, was der Käufer wahrhaft will, denn er will in demselben die Bestimmung, Macht, Kraft, Tauglichkeit der Sache. Ist dieselbe also eine völlig andere, als er annahm, so ist die Sache selbst eine andere, als die er meinte; sie hat mit letzterer nur den äußern Schein gemein.[586]

---

dasselbe in dem derben und realen Rechtsleben der Vorzeit keinen Raum finde"). Siehe ferner den Nachweis des realen Fundaments der altrömischen Obligation (B. 3 Abth. 2).

585) Über jenes siehe die L. 22 de V. O. (45. 1), in welcher von der Stipulation d. h. der aus dem älteren Recht stammenden obligatio stricti juris die Rede ist, über dieses siehe die L. 9 § 2 de cont. emt. (18. 1), welche von dem dem neueren Recht angehörigen Kaufcontract handelt. Marcellus stellt hier zwar noch im Geist des älteren Rechts rücksichtlich des letzteren die Behauptung auf: emtionem esse, quia in corpus consensum est, allein Ulpian berichtigt ihn.

586) Es ließe sich hier auch die erst durch das ädilitische Edict eingeführte (also dem älteren Recht unbekannte) Verpflichtung des Verkäufers, für die heimlichen Fehler und Mängel einzustehen, in Bezug nehmen. Nach älterem Recht hat der Käufer nur im Fall des Nicht-habens (Eviction) einen Regreß gegen den Verkäufer, nach dem Edict auch im Fall des Schlechterhabens. — Auch die bekannte Controverse der Sabinianer und Prokulejaner

Digitized by Google

Besonders ergibig für den Gegensatz des ältern und neuern Rechts ist die Lehre von dem Besitz und der Usucapion. Obgleich der Besitz seiner ursprünglichen Natur nach ein rein thatsächliches Verhältniß ist, mithin ganz und gar der materialistischen Behandlungsweise anheimzufallen scheint, so findet doch auch hier der Gegensatz des Materialismus und Spiritualismus Raum genug sich zu bethätigen, wie eben der Vergleich des ältern und neuern Rechts lehrt. So würde z. B. der Erwerb des Besitzes nach materialistischer Ansicht ein Eingreifen (Apprehension im wörtlichen Sinn) erfordern, und daß auch das ältere Recht dies gethan und sich nicht, wie das neuere, mit der bloßen Möglichkeit unmittelbarer Einwirkung, namentlich also nicht mit der s. g. traditio longa manu, dem Zeigen und Sehen der Sache begnügt hat, wird wohl kaum in Zweifel gezogen werden, wenn man bedenkt, daß sich dies Requisit noch bis ins neuere Recht hinein als formeller Akt in dem manu capere der Mancipation erhalten hat. Das Ergreifen (loco movere) verlangten die älteren Juristen[587]) auch bei der Unterschlagung der deponirten Sache von Seiten des Depositars, während die neuere Jurisprudenz die Möglichkeit der Unterschlagung auch ohne eine solche materialistische Vollziehung derselben anerkennt.[588])

Die ältere Jurisprudenz sprach den juristischen Personen die Besitzfähigkeit ab, abermals ganz in Übereinstimmung mit der natürlichen Gestalt des Verhältnisses, die neuere hingegen erkannte

---

über die Specification (Gaj. II, 79) dreht sich um unsern Gegensatz. Eine materialistische Auffassung des Begriffs der Identität der Sache wird mit den Sabinianern die Substanz als das Wesentliche der Sache betrachten und daher den Einfluß der Specification auf das Eigenthum läugnen, eine spiritualistischere Auffassung aber mit ihren Gegnern die Form und Bestimmung der Sache für das Entscheidende ansehen und darum mit einer Veränderung derselben eine neue, dem Specificanten zufallende Sache annehmen.

587) Die »plerique veterum« in L. 3 § 18 de poss. (41. 2).

588) Papinian in L. 47 de poss. (41. 2). Ebenso bei der Verwandlung des Depositums in ein Darlehn in L. 9 § 9 de R. Cr. (12. 1) ... etiam antequam moveantur ... animo coepit possidere.

Digitized by Google

sie ihnen zu.[589]) Die Zulassung des Besitzerwerbes durch freie Stellvertreter ist ebenfalls ein Fortschritt des neueren Rechts, in dem sich unverkennbar eine freiere Behandlung des Verhältnisses kundgibt.

Nach der natürlichen Anschauung ist der Besitz verloren, sobald ein Dritter sich denselben angeeignet hat. Dabei hat es das ältere Recht gelassen, während das neuere den Besitz eines Abwesenden an Grundstücken trotz der Invasion fortdauern läßt.[590])

In ungleich höherem Grade aber hat sich der obige Gegensatz im Laufe der Zeit in der Usucapion bewährt. Die ursprünglichen Requisite derselben bestanden, wie es scheint,[591]) in der Usucapionsfähigkeit der Sache (res furtiva) und dem rein äußerlichen Moment des fehlerfrei (nec vi, clam, precario) erworbenen Besitzes. Die spätere Entwicklung des Instituts bis ins heutige Recht hinein charakterisirt sich durch ein Doppeltes. Einmal durch die Tendenz, den Schwerpunkt des Instituts mehr und mehr in die subjective Innerlichkeit des Usucapienten zu verlegen — eine Tendenz, die schon in der spätern römischen Jurisprudenz in der Zulassung eines titulus putativus unverkennbar zu Tage tritt und in der bekannten Bestimmung des Canonischen Rechts über die mala fides superveniens ihren definitiven Abschluß findet. Sodann durch die Abschwächung oder freiere Behandlung des das äußere, sichtbare Moment der Usucapion bildenden Besitzes, welche sich theils darin bewährt, daß dem Usucapienten der Besitz einer andern Person (seines Vorgängers oder des Pfandgläubigers) angerechnet wird, theils darin, daß durch seinen eigenen Tod die Usucapion nicht unterbrochen wird.[592]) Daß

589) L. 1 § ult. L. 2 de poss. (41. 2).

590) Über jenes siehe die Ansicht von Labeo in L. 6 § 1 L. 7 de poss. (41. 2), über das neuere L. 3 § 7, 8 L. 25 § 2 L. 45 ibid.

591) Stintzing über das Wesen von bona fides und titulus. Heidelberg 1852.

592) Das Äußerste, wozu es nach dieser Seite hin kommen könnte, wäre die völlige Beseitigung des Einflusses der Besitzunterbrechung d. h. die

Digitized by Google

die Anstellung der Vindication von Seiten des Eigenthümers die Usucapion nicht unterbrach, war dem materialistischen Charakter derselben durchaus angemessen; bei der longi temporis possessio fand nach der Ansicht, die mir die richtigere zu sein scheint, das Gegentheil Statt,[593]) und auch dadurch documentirt sie sich als ein Institut neueren Ursprunges.

Ein interessantes Beispiel für die Veranschaulichung des Gegensatzes zwischen Materialismus und Spiritualismus gewährt die wirthschaftliche Entwicklung. Letztere beginnt mit den Gütern, die man sehen und greifen kann, und erhebt sich erst nach und nach zur Wahrnehmung und praktischen Verwerthung idealerer Güter. Der Credit, das Talent, die Idee fungiren in unserem heutigen Güterleben als höchst werthvolle wirthschaftliche Factoren, aber wie lange haben sie unbenutzt und unbekannt da gelegen, bis die Noth des Lebens dazu zwang, auch sie zu beachten und zu verwerthen. Mit der wirthschaftlichen Entwicklung

---

Zusammenrechnung der Zeit vor und nach der Besitzesstörung. Damit würde der letzte materialistische Rest der altrömischen Usucapionslehre beseitigt sein. Der erste Ansatz dazu findet sich schon im römischen Recht selbst, nämlich in der angegebenen Fortdauer der Usucapion während der hered. jac. Einen weiteren Schritt hat das Preuß. Landrecht I, 9 § 601, 602 gemacht, indem es die Zusammenrechnung verstattet, wenn inzwischen kein Anderer den Besitz gehabt hat, während das österreichische Recht es beim römischen läßt. Nur das französische hat sich hier, und, wie ich glaube, mit gutem Grunde und nachahmungswerthem Beispiel, völlig von der traditionellen Behandlungsweise emancipirt, indem es dem Verlust des Besitzes, wenn er nicht über Jahresfrist gedauert, oder wenn während der Zeit auf Restitution des Besitzes geklagt ist (die spätere Verurtheilung vorausgesetzt), die Kraft der Unterbrechung der Usucapion abgesprochen hat. K. S. Zachariä, Handbuch des franz. Civilrechts. Aufl. 5 von Anschütz Bd. 1 S. 534. Das englische Recht ist sogar soweit gegangen, den Einfluß einer unrechtmäßigen Unterbrechung des Besitzes, selbst wenn sie noch so lange gedauert hat, völlig aufzuheben. Gundermann, Engl. Privatrecht I S. 179.

593) v. Wächter Erörterungen Heft 3 S. 101. Interessant ist es, wie Constantin in L. 10 Cod. de poss. (7. 32) dies rechtfertigt, nämlich damit, daß der Besitzer jetzt super jure possessionis vacillet et dubitet, also aus der subjectiven Innerlichkeit heraus.

Digitized by Google

aber hält die des Rechts gleichen Schritt, letzteres läßt sich als das Flußbett der wirthschaftlichen Strömung bezeichnen, d. h. es ist zu jeder gegebenen Periode so weit und breit, als das Verkehrsbedürfniß es erheischt. Darum kann uns die Rechtsgeschichte dazu dienen, uns über die Stufen und Fortschritte der wirthschaftlichen Ansicht und Bewegung Auskunft zu geben. Dies gilt namentlich von der römischen Rechtsgeschichte[595]) und insbesondere auch von der Frage, die wir derselben hier vorlegen wollen, nämlich die: was waren die wirthschaftlichen Factoren des ältern Verkehrs? Die Antwort lautet: Sachen und als Sachen behandelte Menschen. Die freie menschliche Kraft, das Talent, die Fertigkeit u. s. w., waren noch nicht *als solche*, d. h. unabhängig von den Producten, in denen sie sich verwirklichen und ökonomisch — mittelst des Kaufs — verwerthen, auf den Markt getreten. Die entsprechende juristische Form für die Verwerthung der menschlichen Kraft ist die Klagbarkeit des auf sie gerichteten Miethvertrages (locatio operarum und operis); im ältern Rechte war dieser Vertrag, wie an späterer Stelle nachgewiesen werden soll, noch nicht klagbar — ein Beweis, daß der Verkehr das Bedürfniß darnach noch nicht empfunden hatte. Allerdings kannte man auch im ältern Rom den wirthschaftlichen Werth des *Arbeiters*, aber nur in der beschränkten Form einer ihn in seiner Totalität ergreifenden Macht und Herrschaft (Sklaverei,

595) So z. B. bezeugt die mancipatio, daß die Römer die Periode des Tauschhandels schon früh zurückgelegt hatten, daß der Kauf ursprünglich ein Baarkauf war und erst später ein Handel auf Credit ward. Die ältesten beweglichen Tauschmittel waren Vieh und Getreide (Bd. 1 S. 141 Anm. 50). In der Werthschätzung der Sachen standen obenan Grundstücke, Sklaven, Zug- und Lastvieh; dies ergibt sich aus ihrer Auszeichnung gegenüber allen anderen Sachen (res mancipi — erstes Kapitel der lex Aquilia — ädilitisches Edict —). Von den Prädial-Servituten sind Wege- und Wassergerechtigkeiten die ältesten, erst später erkannte man auch den Werth und das Bedürfniß der übrigen, die Urbanalservituten sind das Product der Zeiten des Luxus, in denen die Begriffe über das Erforderniß der Nützlichkeit der Servitut (servitus fundo *utilis*) sich wesentlich verfeinert hatten.

Digitized by Google

Mancipium, Schuldknechtschaft). Was man dagegen nicht kannte, war die juristische Ablösung der einzelnen geistigen oder körperlichen Arbeit von dem Arbeiter, die Erhebung derselben zu einem rechtlichen Tauschobject in Form des klagbaren Dienstvertrages. War diese Idee der alten Zeit zu hoch, oder überhob das Institut der Sklaverei dieselbe der Nothwendigkeit, der Arbeit Anerkennung und Rechtsschutz zu gewähren? Daß nicht auch schon in ältester Zeit Dienstleistungen um Lohn (sei es vorausbezahlten oder durch Stipulation bedungenen) vorgekommen sein mögen, soll damit nicht bezweifelt werden; aber die directe Klagbarkeit eines auf entgeltliche Erweisung von Dienstleistungen gerichteten Vertrags gehört jedenfalls erst den letzten Jahrhunderten der Republik an, und sie beschränkte sich zudem lange Zeit hindurch auf Dienstleistungen niederer Art (operae locari solitae) — Kunst und Wissenschaft treten erst spät in den Kreis des Rechts ein.

Wie es nun die ältere Zeit noch nicht zu der Ablösung der einzelnen Arbeit von dem Arbeiter, so hat sie es auch noch nicht zu der der einzelnen Gebrauchshandlung von der Sache gebracht. Wie der Arbeiter, so zu sagen, nichts ist als der Inbegriff, die Summe von zukünftigen, einzelnen Leistungen, so die Sache der reale Niederschlag, die von der Natur gegebene Concentration einer Reihe von in der Zukunft möglichen Dienstleistungen derselben; der Werth beider ist im Grunde nichts anderes als die nach Grundsätzen des Disconto berechnete Summe der sämmtlichen während ihrer Existenz möglichen Dienste nach Abzug der Gewinnungskosten. Der Kaufpreis ist die Escomptirung des gesammten wahrscheinlichen Miethzinses. Hat nun die Sache nur darum einen Werth, weil sie die Summe dieser einzelnen Dienstleistungen ist, so bilden letztere eine Quote dieses Werths, und in wirthschaftlicher wie rechtlicher Beziehung müßte von den Nutzungen einer Sache ganz dasselbe gelten, wie von der Sache selbst, das Recht müßte also nicht bloß die entgeltliche Überlassung, sondern auch die Vorenthaltung, Störung oder verzögerte Überlassung der Nutzungen auf gleiche Linie stellen mit dem Verkauf,

Digitized by Google

der Vernichtung, Beschädigung der Sache selbst. Allein diese idealen Partikeln der Sache, dieselbe als Summe einzelner Gebrauchsakte gedacht, fallen nicht gleich der Sache selber in den Raum, sondern lediglich in die Zeit, und diese Verschiedenheit, die das geübte Auge nicht beirrt, wird doch für die materialistische Anschauungsweise sehr einflußreich.[596])

Die Entziehung der Nutzungen einer Sache kann theils den Charakter eines Delicts (furtum usus) annehmen, theils bei Gelegenheit eines anderen auf Restitution der Sache selbst gerichteten Verhältnisses (in rem und in personam actiones) Grund eines accessorischen Anspruches werden (omnis causa und mora). Daß nun das furtum usus späteren Ursprunges ist als das furtum rei, davon bin ich zwar fest überzeugt, habe dafür jedoch keinen äußeren Beleg. Anders aber rücksichtlich des zweiten Falles. Hier läßt sich meiner Ansicht nach positiv erweisen, daß das ältere Recht auf entzogene Nutzungen, insofern sie sich nicht substantiell d. h. als Früchte abgelöst hatten, keine Rücksicht genommen hat. Denn bei den persönlichen Klagen lassen sich dieselben nur unter dem Gesichtspunkte des Interesses verfolgen, das ältere Recht aber kennt keine Liquidation des Interesses (S. 103 fl.), bei dinglichen Klagen aber kommen nur die Früchte in Anrechnung. Nun fallen zwar im neueren Recht auch die Nutzungen (als fructus civiles) unter den Fruchtbegriff,[597]) allein daß der ursprüngliche Umfang dieses Begriffs ein engerer war und sich auf die wirklichen Früchte beschränkte, liegt schon im Namen, und jene Ausdehnung verräth meines Erachtens unverkennbar die spiritualistischere Auffassung einer späteren Zeit. Der Grund, warum

596) Was Seneca de brevit. vit. c. 8 von der Beachtung der Zeit überhaupt sagt, gilt von ihr auch in dieser Richtung: fallit autem illos, quia res incorporalis est, quia sub oculos non venit ideoque vilissima aestimatur.

597) L. 62 pr. de R. V. (6. 1). Den ersten Anstoß zu jener Ausdehnung mag die fructus licitatio beim interdictum uti possidetis gegeben haben; hier machte sie sich gewissermaßen von selbst.

Digitized by Google

man in allen jenen Fällen die entzogenen Nutzungen nicht in Anrechnung bringen konnte, liegt nicht in der — von Niemand bisher klar definirten — Strenge des alten Rechts, sondern in der Rohheit einer wirthschaftlichen Anschauung, der nur das sichtbare und greifbare Object, die Sache selbst und die Früchte, nicht aber das übersinnliche Stück der Sache: die zeitweise Möglichkeit ihres Gebrauchs als wirthschaftliches Gut und als rechtlich zu verfolgendes Object erschien. Hätte man den wirthschaftlichen Werth desselben richtig erkannt, so würde auch der Richter ihn haben zuerkennen müssen. Was der Verkehr schätzt (magni facit), schätzt (aestimat) auch der Richter. Die richterliche aestimatio enthält den rechtlichen Ausdruck des wirthschaftlichen Werthbewußtseins der Zeit, beide können auf die Dauer nicht erheblich divergiren.

Das Resultat der bisherigen Ausführung läßt sich in den Satz zusammen fassen: das einzige wirthschaftliche Object, das auf dem Gebiet des älteren Rechts sichtbar wird, ist die Sache und auch dies nur beschränkt, nämlich nur als Gegenstand dauernder, nicht aber vorübergehender Überlassung, als Gegenstand des Kauf- und Tauschcontracts, nicht des Miethcontracts.

Der Tauschverkehr, mit juristischem Auge angesehen, ist keine Circulation der Sachen, sondern eine Übertragung von Rechten. Die Sache ohne das Recht ist werthlos, der Werth einer Sache wird nicht lediglich durch ihre ökonomische Brauchbarkeit, Verwendbarkeit bestimmt, sondern wesentlich dadurch, daß und wie ihre Verwendung rechtlich gesichert ist. Das Recht ist ein wesentlicher Factor des Werthbegriffs, darum leiden alle Werthe bei einer Revolution, und darum steigen sie wieder, wenn das Vertrauen zur Rechtssicherheit zurückkehrt. Übertragung einer Sache ist juristisch Übertragung des Rechts, der Güterverkehr juristisch Begründung, Übertragung, Aufhebung von Rechten.

Die Richtigkeit dieser Bemerkung springt überall, wo es die Bestellung oder Übertragung eines anderen Rechts an der Sache

Digitized by Google

als des Eigenthums gilt, sofort in die Augen. Anders bei der Übertragung des Eigenthums, da Recht und Sache sich hier decken. Äußerlich geht hier die Sache über, und eine an der äußeren Erscheinung klebende Auffassung kann über diesem äußern Vorgang leicht den innern, den Übergang des Rechts, übersehen oder ihn mit letzterm verwechseln. So that es das ältere römische Recht. Eigenthumsübertragung war ihm nicht Übertragung des Eigenthums, sondern der Sache. Die Übertragung des Rechts selbst als eines von dem bisherigen Innehaber zu lösenden Dinges von objectiver idealer Existenz war ihm zu spitz, zu abstract; den Hergang bei der Eigenthumsübertragung dachte es sich in der Weise, daß der bisherige Eigenthümer die Sache aufgab und der neue sie ergriff. Bei der mancipatio sowohl wie bei der in jure cessio leitet der neue Erwerber nicht das Recht des bisherigen Eigenthümers auf sich über, sondern er nimmt sich die Sache, die Rolle, die letzterem zufällt, ist die rein negative, dies zu dulden, zurückzutreten (cedere in jure, entsprechend das deutsche abtreten = fortgehen, weichen). Bei der Tradition hat es sich ursprünglich nicht anders verhalten.

Wenn aber das ältere Recht keine eigentliche Succession, d. h. keinen Eintritt in das Recht, sondern nur in die Sache eines Andern gekannt hat, so heißt das: alle Rechte mit Ausnahme des Eigenthums sind in alter Zeit praktisch unübertragbar gewesen, denn eine Succession in die Sache war nur beim Eigenthum möglich, weil nur bei ihm Sache und Recht sich deckten. Man wird dieser Behauptung das Dasein der Universalsuccession entgegensetzen. Allein bei ihr erfolgt der Eintritt nicht in die einzelnen Rechte, sondern in die Gesammtpersönlichkeit des Erblassers oder, um diesen neuerdings angefochtenen Ausdruck zu vermeiden, der Erbe wird in allen Beziehungen Repräsentant des Erblassers (loco defuncti), unsere Behauptung aber bezieht sich nur auf die Unübertragbarkeit der einzelnen Rechte (Singularsuccession). Nun kennt das neuere römische Recht allerdings neben den Verhältnissen, bei denen es an dieser

Digitized by Google

Unübertragbarkeit fortdauernd festgehalten, nämlich dem Mancipium, der Obligation, den Servituten und der Erbschaft (mit Ausnahme der deferirten hereditas legitima) auch solche, für die es eine Übertragung zuläßt, nämlich die Übertragung der väterlichen Gewalt, der Tutel, die gerichtliche Abtretung der deferirten hereditas legitima. [598]) Allein gerade die Art und Weise, wie es den Übergang hier bewerkstelligt, ihn künstlich mit seiner Anschauungsweise vermittelt, setzt letztere selbst in ein helles Licht. In allen diesen Fällen greift es nämlich zur in jure cessio, gibt also der Sache die Wendung, daß der Cedent sein Recht nicht *überträgt*, sondern zur gerichtlichen Anerkennung des gegnerischen Rechts schweigt; der Andere gerirt sich als Prätendent aus eigenem Recht und der bisherige Berechtigte räumt den Platz, als komme ihm das Recht gar nicht zu. Ganz schlagend tritt dieser Vorgang im Fall der Adoption hervor, [599]) hier hat der dreimalige, beziehungsweise einmalige Scheinverkauf ins Mancipium geradezu den erklärten Zweck, die väterliche Gewalt zu *vernichten*, damit hinterher der Cessionar als Vindicant aus eigenem Recht auftreten könne.

Ich werde an einer anderen Stelle versuchen, für den so eben begründeten Satz von der Unübertragbarkeit der Rechte noch

598) Daß der Innehaber der patria potestas das Kind einem Anderen ins mancipium oder in die manus geben, und ebenso der Ehemann als Innehaber der manus die Frau durch Remancipation in das Mancipium bringen konnte, berührt meine obige Behauptung nicht, denn hier wird nicht das *bisherige* Herrschaftsverhältniß übertragen, sondern ein *neues*, das bisherige nicht sowohl beschränkendes, als vielmehr aufhebendes und die Person in ihrer Totalität ergreifendes Herrschaftsverhältniß begründet. Auch hier wird aber nicht ein Recht *an* der Person, sondern die Person selbst übertragen, oder wenn wir für Person und Sache einen gemeinsamen Namen wählen, es wird übertragen der *Gegenstand*.

599) Wie v. *Scheurl* in seiner dissert. de modis liberos in adoptionem dandi. Erlangae 1850 treffend nachgewiesen hat. Er vergleicht den Hergang mit der Delegation, die bekanntlich nicht sowohl eine *Übertragung* der Obligation, als vielmehr Untergang der alten und Errichtung einer neuen ist.

Digitized by Google

einen ferneren Erklärungsgrund zu gewinnen, an der gegenwärtigen Stelle genügt es, seinen Zusammenhang mit dem Materialismus der ältern Rechtsansicht aufzudecken. Oder richtiger gesagt, es bedarf dessen nicht, denn derselbe liegt auf offner Hand. Ein Eintritt in fremde Rechte mag uns immerhin noch so natürlich erscheinen, der ganze Vorgang beruht nichts desto weniger auf Abstraction, er geht rein auf dem Gebiete des Gedankens vor sich, das natürliche Auge sieht ihn nicht. Ganz anders, wenn der Gegenstand selbst (Sache oder Person) übertragen wird, hier ist ein sichtbares Object vorhanden, dessen Übergang aus der einen Hand in die andere mit den Augen wahrgenommen werden kann. [600])

Eine Spur dieser alten Auffassung, von der sich im übrigen das neuere römische Recht mehr und mehr emancipirt hat, ist noch erhalten in der von Justinian in seinen Institutionen adoptirten und dadurch zu großer Celebrität gelangten Classification der Dinge in res corporales und incorporales. [601]) Während alle übrigen Rechte zur letzteren Classe gestellt werden, figurirt hier das Eigenthum als res corporalis. Über die Verkehrtheit dieser Identificirung des Eigenthums mit seinem Gegenstande sollte man meiner Ansicht nach nicht getheilter Meinung sein können. Das Eigenthum ist ebensowohl eine res incorporalis wie die übrigen dinglichen Rechte, und bei der Übertragung desselben geht juristisch nicht die res corporalis, sondern das Recht, die res incorporalis, über. Nichts desto weniger hat dieser systematische Fehler eine historische Wahrheit, denn er enthält eben den völlig adäquaten Ausdruck der entwickelten älte-

600) Es läßt sich hier die Stelle von Quintilian Inst. O. V, 10 § 111 sq. benutzen, worin er die Frage untersucht, ob Forderungen Gegenstand der occupatio bellica sein können. Dabei heißt es in § 116: non potuisse donari a victore jus, quia id demum sit ejus, quod teneat; jus, quod sit incorporale, apprehendi manu non posse . . . ut alia sit conditio heredis, alia victoris, quia ad illum jus, ad hunc res transeat.

601) Pr. I. de reb. incorp. (2. 2). Ulp. XIX § 11 L. 14 pr. de serv. (8. 1) L. 1 § 1 de R. D. (1. 8).

Digitized by Google

ren Vorstellungsweise, wonach beim Eigenthum die Sache das Recht verdeckte. [602])

So erscheint also nach unsern bisherigen Ausführungen der Werth-, Frucht- und Successionsbegriff ursprünglich ganz angelehnt an die Sache, während er im neueren Recht sich von ihr abgelöst hat. Diese Beobachtung führt von selbst zu der Frage, ob sich dieselbe Erscheinung nicht auch rücksichtlich anderer Begriffe wiederhole, und in der That brauchen wir nicht lange zu suchen. Alle Begriffe und Verhältnisse, die im spätern Recht außer an Sachen auch an andern Gegenständen vorkommen, haben in der Sache ihren ursprünglichen und natürlichen Ausgangspunkt gehabt. So zuerst der Besitz. Die primitive Form desselben ist der Sachenbesitz, der Quasibesitz ist ungleich jüngeren Ursprunges, ja er ist bei den Römern nicht einmal zur völligen Reife der Entwicklung gelangt. Sodann das Pfandrecht. Ursprünglich beschränkt auf Sachen ist es im spätern Recht auf alle Rechte ausgedehnt, die einen Geldwerth haben und sich irgendwie übertragen lassen, z. B. Forderungen und Nießbrauch. [603]) Von den Universalklagen: der hereditatis petitio, dem interdictum quorum bonorum, dem interd. possessorium des bonorum emtor geht die erstere zur Zeit der classischen Juristen auch gegen juris possessores; daß sie ursprünglich nur gegen die Besitzer erbschaftlicher Sachen gerichtet war, wird um so weniger beanstandet werden, als diese Beschränkung bei den beiden letztern sich auch noch in späterer Zeit erhalten hat. [604])

---

602) Interessant ist auch die Erscheinung, auf die Windscheid, Die Actio des römischen Civilrechts S. 6 aufmerksam macht, daß der römische Sprachgebrauch „die Thatsache nennt statt des Rechts auf dieselbe", z. B. pignus (das Pfand und Pfandrecht), superficies (das Haus und das Recht darauf), iter, via (der Weg und die Weggerechtigkeit) u. a. m.

603) So auch das pignus in causa judicati captum. Die Bedeutung des Fortschritts vom verus ususfructus zum quasi ususfructus nebst den entsprechenden Erscheinungen des Obligationenrechts (depositum irregulare, locatio irreg. u. a.) kann ich erst im dritten System klar machen.

604) L. 2 quor. bon. (43. 2). S. auch Note 584b über das interd.

Digitized by Google

Schließlich und vor allem ist aber die Obligation hervorzuheben. Für sie bildete die Sache ursprünglich sowohl das Fundament, den Grund, als den Zweck, den Gegenstand des Anspruchs. Jenes — denn der Grund einer jeden Obligation im Sinn des älteren Rechts[605]) ist der Umstand, daß der Schuldner vom Gläubiger etwas (res) erhalten (de-habet = debet), letzterer ihm etwas gegeben hat (cre-dedit = credidit), sei die Hingabe wirklich erfolgt (Realcontract) oder nur rechtlich angenommen (Literal- und Verbalcontract). Dieses — jede Obligation geht im ältern Recht auf ein dare, das Geben einer Sache, rem persequitur; in dem Ausdruck actio rei persequendae causa, der später auch die obligationes faciendi umfaßt,[606]) ist res wie in dem quanti ea res est ursprünglich im wörtlichen Sinn gebraucht gewesen. Die nähere Ausführung bleibt einer späteren Stelle vorbehalten. An keinem Verhältniß bewährt sich der Spiritualismus des neuern römischen Rechts in dem Maße wie an der Obligation. Sie hat sich von der res nach beiden Seiten hin frei gemacht, es bedarf für sie des Gebens weder als Grundes noch als Gegenstandes der Leistungspflicht, und der neuere Verkehr operirt mit diesem unsichtbaren Object mit derselben Leichtigkeit und Sicherheit wie der alte mit der körperlichen Sache. So kann z. B. ein Versprechen und eine Klage wie auf Hingabe eines körperlichen, so auf Leistung eines unkörperlichen Objects (Abschluß eines Contracts),[607]) wie auf Rückgabe jenes, so auf Rückgabe dieses (Liberation) gerichtet werden. So kann man schenken, erfüllen, liberiren, Auslagen machen u. s. w. statt durch Sachen durch Übernahme einer Obligation. Die be-

fraudatorium. Im Justinianischen Recht ist selbst die immissio in possessionem oder das pignus praetorium auf Forderungen ausgedehnt, L. 1 Cod. de praes. pign. (8. 22).

605) Der Anspruch des durch ein Delict Verletzten fiel ursprünglich nicht unter den Gesichtspunkt der Obligation, sondern den der Rache, § 11a.

606) § 17 I. de act. (4. 6) . . rei persequendae causa comparatae videntur veluti . . . commodati, depositi, mandati, pro socio u. s. w.

607) So z. B. damnatus vendere vel locare L. 44 de solut. (46. 3).

Digitized by Google

stehende Obligation kann verkauft, verpfändet, legirt, cedirt, durch den Richter mit Beschlag belegt, durch das Gesetz transferirt werden — kurz sie fungirt im Verkehr der neueren Zeit ganz so wie in dem der älteren die Sache.

Als Gewinn der bisherigen Ausführungen dürfen wir den Satz bezeichnen, daß die sinnliche Vorstellungsweise der ältern Zeit sich auch im Recht nicht verläugnet hat. Daß dieser Zug derber Sinnlichkeit, mit dem das Recht nur der Zeit seinen Tribut bezahlt hat, diese substantielle Schwere, dieser massive Zuschnitt seiner Verhältnisse und Begriffe die scharfe juristische Erfassung und Durchbildung derselben nicht im Mindesten gehemmt oder beeinträchtigt hat, davon werden wir im Verlauf der Darstellung oft genug Gelegenheit haben uns zu überzeugen.

II. Das Haften am Wort.

Der Gedanke und das Wort — grammatische und logische Interpretation — Verhältniß der alten Jurisprudenz zu diesem Gegensatz — strenge Wortinterpretation der Rechtsgeschäfte — freiere der Gesetze — tendentiöses Element derselben.

In omni denique jure civili verba ipsa tenuerunt.
Cic. pro Murena c. 12.

XLIV. Das Haften am Wort ist eine von den Erscheinungen, durch die sich die Unreife geistiger Entwicklung wie überall so auch im Recht kennzeichnet, und die Rechtsgeschichte könnte über ihr erstes Kapitel den Satz „im Anfang war das Wort" als Motto schreiben. Allen ungebildeten Völkern erscheint das Wort, sowohl das geschriebene wie das gesprochene solenne Wort (die Formel) als etwas Geheimnißvolles, der naive Glaube schreibt ihm übernatürliche Kraft zu. Nirgends war dieser Glaube an das Wort mächtiger als im alten Rom. Der Cultus des Worts geht durch alle Verhältnisse des öffentlichen und Privatlebens, der Religion, Sitte und des Rechts hindurch.[608]) Das Wort ist

608) Eine reiche Materialiensammlung gewährt das bekannte Werk von Brissonius de vocibus ac formulis.

Digitized by Google

dem alten Römer eine Macht, es bindet und löst, und es hat, wenn auch nicht die Kraft, Berge, so doch Früchte auf ein fremdes Feld zu versetzen,[609] ja sogar die Gottheit vom Himmel auf die Erde zu ziehen (devocare) und aus der belagerten Stadt heraus zu treiben (evocatio deorum), kurz „der Formel wohnt", um mich der Worte eines neuen Alterthumsforschers zu bedienen, „nicht bloß die Kraft des menschlichen Willens, sondern eine höhere, eine göttliche und darum auch die Götter bindende Kraft bei." Mit welcher Strenge und Pedanterie daher die alte Jurisprudenz immerhin auf ihrem Gebiet das Wort handhaben mochte, sie gerieth dadurch mit der nationalen Denkweise in keinen Widerspruch, ja im Gegentheil es gab eine Zeit, und sie dauerte lange, wo dieselbe Wortklauberei der Juristen, die späterhin ein so dankbarer Stoff für die Persiflage eines Cicero ward und selbst aus dem Munde von Juristen und Kaisern ihr Verdammungsurtheil hören mußte,[610] in den Augen des Volks, weit entfernt den Ju-

609) Die XII Tafeln enthielten gegen den Versuch einer solchen Anwendung der Zauberssprüche Strafbestimmungen, Plin. Hist. Nat. XXVIII, 4: qui fruges excantasset. Über die dem Wort beigelegte mystische Kraft siehe vor allem die classische Stelle bei Plinius H. N. XXXVIII, 3—5. Noch in der späteren Zeit spielen die Zauberssprüche eine große Rolle, s. z. B. Apulejus (ed. Bip.) Metam. I p. 10, de magia oratio II, p. 52 virtutes . . . violentia cantionum.

610) Gaj. IV § 30: nimia subtilitas veterum; Constantin in L. 1 Cod. de form. subl. (2. 58): Juris formulae aucupatione syllabarum insidiantes, namentlich aber Cicero z. B. pro Caecina c. 23: aucupia verborum et literarum tendiculas; de off. I c. 10, pro Murena c. 11—13, de orat. I, 55: praeco actionum, cantor formularum, auceps syllabarum. Keiner nahm übrigens wohl einen für das Verständniß jenes Wort- und Formelwesens so ungeeigneten Standpunkt ein als Cicero. Denn ganz abgesehen von seiner unverkennbaren Tendenz, die Jurisprudenz im Interesse der Redekunst zu erniedrigen, einer Tendenz, die ihn eingestandenermaßen bei seiner Rede pro Murena zu seiner bekannten Diatribe gegen die Juristen verleitete, so mußte einem Redner, wie ihm, dem man alles andere eher vorwerfen kann als Ängstlichkeit im Gebrauch seiner Worte, oder gar einem Literaten, wie Mommsen ihn nennt, jenes peinliche und scrupulöse Abwägen der Worte von Seiten der Juristen doppelt anstößig sein.

Digitized by Google

risten zum Vorwurf zu gereichen, als Beweis des Scharfsinns und der Überlegenheit galt, und wo die entgegengesetzte freiere Interpretation, welche die spätere Jurisprudenz namentlich bei den Verträgen des jus gentium zur Anwendung brachte, nicht bloß auf kein Verständniß, sondern auf die entschiedenste Opposition hätte rechnen müssen. Es gehörten viele Jahrhunderte dazu, um die Jurisprudenz sowohl wie das Volk in dieser Beziehung umzustimmen und für eine freiere Art der Auslegung zu gewinnen.

Die Herrschaft des Wortes im ältern Recht äußert sich nach zwei Seiten hin, oder, was dasselbe sagen will, der Wille ist rücksichtlich des Gebrauchs der Worte in doppelter Weise beschränkt. Einmal nämlich darin, daß ihm die Wahl derselben bis zu einem gewissen Grade völlig entzogen ist, indem die gültige Vornahme der verschiedenen Rechtsgeschäfte an den Gebrauch gewisser Stichworte oder stehender Formeln gebunden ist. Andererseits aber darin, daß, wenn auch die Wahl der Worte für die Fassung des concreten Willensinhalts ihm selbst überlassen ist, es dabei doch der peinlichsten Genauigkeit und Achtsamkeit bedarf, indem vermöge des Princips der Wortinterpretation nur das als gesetzt und gewollt gilt, was direct und ausdrücklich gesagt ist. In der ersten Richtung handelt es sich um eine typische, abstracte, in der zweiten um die individuelle, concrete Form, und wir könnten daher von zwei formalistischen Beschränkungen sprechen und beide mit dem Zusatz abstract und concret unter dem Ausdruck Formalismus zusammenfassen. Da jedoch der Sprachgebrauch diesem Ausdruck einmal eine ausschließliche Beziehung auf das erste Verhältniß gegeben hat, so stehe ich um so eher davon ab, als mir ein solches Bedürfniß der Zusammenfassung beider unter einen Namen überhaupt nicht vorhanden zu sein scheint. Beide verhalten sich, wenn sie auch derselben Quelle entstammen, doch im übrigen völlig selbständig gegen einander; der Formalismus kann ohne die Wortinterpretation vorkommen (man denke z. B. an unser heutiges Testament, dessen Einrichtung an bestimmte

Digitized by Google

Formen geknüpft ist, und dessen Bestimmungen doch völlig frei zu interpretiren sind) und umgekehrt letztere ohne ersteren.

Die gemeinsame Quelle, aus der beide hervorgehen, ist meiner Ansicht nach das subjective Haften an der äußern Erscheinung. Beide charakterisiren sich durch die Präponderanz des äußern über das innere Moment, der Form über den Inhalt; die subjective Stimmung, die dieser objectiven Thatsache entspricht, und in der mithin ihr historisches Motiv zu suchen ist, besteht in der Richtung des Geistes auf die Äußerlichkeit, also in der Sinnlichkeit der Anschauungsweise. Die Richtigkeit dieser Auffassung rücksichtlich des Formalismus kann erst in § 45 nachgewiesen werden, rücksichtlich der Wortinterpretation, der unsere gegenwärtige Betrachtung gewidmet ist, wird sie sich aus der folgenden Ausführung über das Verhältniß des Wortes zum Gedanken ergeben.

Die Art und Weise, wie das Wort den Gedankenaustausch vermittelt, kann man sich in doppelter Weise denken, und auf dieser Verschiedenheit beruht die Möglichkeit jener zwiefachen Art der juristischen Interpretation, für die man den wenig zutreffenden Namen der grammatischen und logischen gewählt hat.[610a])

Es klingt paradox, wenn ich die Frage aufwerfe, ob das Wort überhaupt im Stande ist, den Gedanken wieder zu geben, und doch ist diese Frage nicht bloß zu erheben, sondern sogar zu verneinen. Der Gedanke ist ein innerer Vorgang des subjectiven Geisteslebens, eine Thätigkeit, eine Bewegung, eine Denkwelle — eine Bewegung aber läßt sich nicht objectiviren. Nur um den Preis also kann der Gedanke aus dem Schooß der subjectiven In-

---

610a) Das Beste über diesen Unterschied findet sich bei Kierulff Theorie des Civilrechts S. 21 fl., allein auf den letzten Grund desselben ist auch er nicht eingegangen; die Darstellungen in den meisten Pandektencompendien sind ungenügend, und auch das speciell auf den Zweck gerichtete Werk von Lang, Beiträge zur Hermeneutik des römischen Rechts hat die Sache im Mindesten nicht gefördert.

Digitized by Google

nerlichkeit in die Außenwelt treten, daß er sein eigentliches Wesen einbüßt, d. h. daß er erstarrt; der ausgesprochene Gedanke ist, so zu sagen, gefrorenes Denken.[610b]) Nur im uneigentlichen Sinn können wir daher von einer Mittheilung oder Übertragung des Gedankens sprechen; übertragen wird nicht der Gedanke selbst, sondern das Wort gewährt nur den Anstoß und die Möglichkeit eines ähnlichen Denkvorganges, der Reproduction einer ähnlichen geistigen Bewegung in der Seele des Hörers, wie in der des Sprechenden. Sprechen heißt eine Bewegung hervorrufen, eine physische in der Luft, eine geistige im Kopfe des Hörers. So wenig wie die Luftwelle das Wort weiter trägt, etwa wie der Wind das Blatt, sondern wie das Wort, das wir vernehmen, nichts ist als Schwingung der Luftwelle, ebensowenig trägt das Wort den Gedanken als seinen geistigen Inhalt zu uns herüber, sondern es bewirkt nur, wenn es bei uns Verständniß findet, eine der des Redenden mehr oder minder conforme Schwingung unsers Geistes. Das Wort ist nichts objectiv Vorhandenes, nicht der gefesselte Gedanke in seiner Objectivität, sondern physikalisch wie intellectuell nichts als ein Vorgang, ein Akt, eine Einwirkung auf Gehör und Gehirn, ein Stoß, den der Eine führt, um diese beiden Organe beim Andern in eine bestimmte Thätigkeit zu versetzen. Einen Gedanken in dem Andern hervorzurufen, dazu ist oft ein Blick, ein Händedruck, eine Geberde, ein Wink eben so gut im Stande als das Wort; der beste Beweis, daß die Möglichkeit der geistigen Mittheilung nicht auf der Nothwendigkeit der adäquaten Objectivirung des Gedankens im Wort beruht — denn was hat sich in jenen Zeichen objectivirt? und wie unendlich weit bleiben auch bei dem wörtlichen Gedankenausdruck die gebrauchten Worte hinter dem Gedanken zurück, ohne daß dadurch die Treue und Vollständigkeit seiner

610b) Ich kann es mir nicht versagen an den Ausdruck, den Schiller in den Votivtafeln diesem Gedanken gegeben hat, zu erinnern:

Warum kann der lebendige Geist dem Geist nicht erscheinen?
Spricht die Seele, so spricht ach! schon die Seele nicht mehr.

Digitized by Google

Reproduction in der Seele des Andern im mindesten beeinträchtigt würde — sondern auf einem Impuls zum verwandten Denken. Das Princip der Mittheilung ist bei der durch Worte ganz dasselbe, wie bei der durch Zeichen; das eine Mittel ist vollkommen, das andere unvollkommen, aber sie *wirken* in derselben Weise, beide geben nicht den Gedanken selbst, wenn auch die Formulirung desselben eine noch so genaue ist, sondern sie gewähren nur die Aufforderung und den Anhaltspunkt, sich ihn zu *reconstruiren*.

Eben darum aber genügt in beiden Fällen nicht ein bloß passives Verhalten, ein bloßes *Entgegennehmen* eines Gegebenen, denn das Gegebene ist nicht das, was man geben will, sondern es soll nur als Mittel für den Andern dienen, sich das, was er haben soll, bei richtigem Gebrauch zu verschaffen; es bedarf vielmehr einer *Selbstthätigkeit* von seiner Seite. Hier scheiden sich nun die grammatische und logische Interpretation. Erstere entzieht sich diesem Ansinnen einer selbstthätigen Verwendung des Gegebenen, sie *bleibt* bei letzterem, d. h. *bei den Worten stehen*, wie es die Sprache ganz treffend ausdrückt. Sie betrachtet also die Worte als das, was sie nie sind und sein können, als den Gedanken selbst in seiner Sichtbarkeit und Objectivität oder, was dasselbe ist, als das ausschließlich in Betracht kommende *Surrogat* desselben. Letztere hingegen geht dem wahren Wesen der Gedankenmittheilung gemäß, um mich auch hier des ganz bezeichnenden Ausdrucks der Sprache zu bedienen, *über die Worte hinaus*, d. h. sie versetzt sich in die Seele des Redenden, sucht den Gedanken gewissermaßen in seiner Heimath auf. Der Schauplatz *ihrer* Thätigkeit ist die Seele des Redenden, der Schauplatz *jener* das nackte Wort. Was nicht in den Worten liegt, existirt für sie nicht, weil es sich nicht im Wort verkörpert hat. Sie hält sich, wie die Sprache es nennt, an das *todte* Wort; *todt*, weil es ihr nicht dient, um das Denken des Sprechenden in sich zu reproduciren, den Gedanken zu neuem Dasein zu erwecken, sondern weil es ihr nichts weiter ist als die

Digitized by Google

Todtenmaske des Gedankens. Ihr einziges Augenmerk ist nur darauf gerichtet, den Sinn anzugeben, den die Worte als solche nach Maßgabe des Sprachgebrauchs haben, den objectiven Wortgehalt; ob derselbe der wirklichen Meinung des Redenden entspricht, ist für sie gleichgültig und muß ihr gleichgültig sein, wenn sie sich nicht selbst verläugnen will.

Der Gegensatz beider Auffassungsweisen läßt sich demgemäß mit den Ausdrücken objectiv und absolut für die eine, und subjectiv und relativ für die andere bezeichnen. Letztere setzt das Wort in Verbindung mit seinem Urheber und gibt unter Zuhülfenahme von sonstigen Momenten an, was dieses Subject in diesem Verhältniß, unter diesen Umständen damit hat sagen wollen, bestimmt also am letzten Ende die Kraft und Bedeutung des Wortes nicht aus ihm selber, sondern anderswoher. Ihre ganze Aufgabe läßt sich in das eine Wort zusammenfassen: Vergegenwärtigung der Situation, in der das Wort gesprochen, das Zeichen gegeben wurde. In dieser Situation, d. h. in dem Verhältniß der Personen, in dem Zweck, der sie zusammenführte, in Zeit, Ort u. s. w. liegt der Schlüssel zum Verständniß des äußern Zeichens; je nachdem sie beschaffen, bestimmt sich die Wahl der nöthigen Verständigungsmittel — in dieser Situation (unter Bekannten, zwischen Herr und Dame) kann ein Wort mehr sagen als in jener (unter Unbekannten) hundert. Darauf beruht es, daß bei dieser Art der Auslegung dasselbe Wort und derselbe Satz je nach Verschiedenheit der Situation einen ganz verschiedenen Sinn haben kann. Bei der andern Art ist dies nicht möglich; für sie, die das Wort als etwas Selbständiges, von der Subjectivität des Redenden und den mitwirkenden Umständen Unabhängiges, rein aus und durch sich selbst zu Bestimmendes betrachtet, muß dasselbe Wort, derselbe Satz, von wem und unter welchen Verhältnissen er auch gebraucht werde, immer dieselbe Bedeutung haben.

Über das Werthverhältniß jener beiden Interpretationen zu einander kann nach dem bisherigen kein Zweifel obwalten. Dem

Digitized by Google

Weſen der geiſtigen Mittheilung entſpricht allein die logiſche Interpretation; ſie legt dem Wort keine andere Function und keinen andern Werth bei, als den es einmal hat. Wäre die Annahme, von der die grammatiſche Interpretation ausgeht, daß nämlich der Gedanke als ſolcher ſich wiedergeben läßt, in Wahrheit begründet, ſo würde letztere freilich unbedingt den Vorzug verdienen. Denn ganz abgeſehen von der geringeren Anforderung, die ſie an den Interpreten ſtellt, hat ſie den Vorzug der Einfachheit, Leichtigkeit und damit den der größeren Sicherheit voraus. Bei ihr bedarf es nicht erſt eines Suchens und Operirens, keiner Schlußfolgerungen und künſtlicher Deductionen, wie bei der logiſchen Interpretation, ſondern ſie hält ſich gläubig an das, was unmittelbar vorliegt, an die äußere Erſcheinung. Aber letztere — und damit fällt jener ſcheinbare Vorzug der Sicherheit zuſammen — iſt oft höchſt trügeriſch, unzuverläſſig, unwahr, das Wort iſt dem Gedanken gegenüber bald zu weit, bald zu eng; jene Sicherheit kommt alſo eben ſo wohl dem Irrthum als der Wahrheit zu gute.

Aus dem Bisherigen erklärt es ſich, warum die grammatiſche Interpretation hiſtoriſch überall der logiſchen vorangeht. So befremdend es erſcheinen mag, daß gerade *diejenigen* Zeiten es mit dem Wort am ſtrengſten nehmen, die desſelben am wenigſten mächtig, mithin am wenigſten befähigt ſind, die Vorausſetzung der grammatiſchen Interpretation, daß die Worte einen getreuen Ausdruck des Gedankens enthalten, zur Wahrheit zu machen, ſo ſehr entſpricht doch dieſer Wortcultus andererſeits dem Charakter ihrer ganzen Bildungsſtufe. Der Glaube an die äußere Erſcheinung iſt das Urſprüngliche, Natürliche, die Skepſis und die Losreißung von der Erſcheinung das Spätere. Das Wort iſt das Greifbare, Unmittelbare, der Geiſt das Unſichtbare, Mittelbare, das *Greifen* aber iſt, wie überall, ſo auch beim Wort dem *Begreifen* vorausgegangen. Die Emancipation vom Wort iſt erſt dann an der Zeit, wenn der Geiſt die erforderliche Kraft gewonnen hat, um mit Sicherheit operiren zu können. Zu dieſer

Digitized by Google

Höhe hatte sich aber, wie wir bereits wissen, der römische Geist im ältern Recht noch nicht aufgeschwungen; die Stufe, die er hier einnimmt, ist die des Haftens an der äußern Erscheinung, also der Wortinterpretation.

Bei unserer Darstellung trennen wir die Interpretation der Rechtsgeschäfte von der der Gesetze. An und für sich zwar macht es für die Interpretation keinen Unterschied, ob der Gegenstand derselben ein Gesetz oder ein Rechtsgeschäft ist, und diese Erwägung hat mich lange verleitet, beide auch für das ältere Recht auf eine Linie zu stellen, allein es wird sich zeigen, daß diese Annahme eine irrige ist.

1. Interpretation der Rechtsgeschäfte.

Bei den Rechtsgeschäften begegnen uns im spätern Recht beide Arten der Interpretation, die eine bei denen des strengeren, die andere bei denen des freieren Rechts. Die Juristen drücken diesen Gegensatz aus als den des Wortes und des Willens oder Inhalts,[611] Cicero[612] charakterisirt ihn als Streiten mit Buchstaben, als Unbilligkeit, strenges, verschlagenes Recht, als chicanöse Auslegung auf der einen, und Beachtung der wahren

611) L. 219 de V. S. (50. 16): In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit L. 11 § 19 L. 18 de leg. III (32) (bei Fideicommissen) L. 3 § 9 de adim. leg. (34. 4) ... sensum magis, quam verba.

612) pro Caecina c. 23: Si contra verbis et literis et ut dici solet summo jure contenditur, solent ejusmodi iniquitati boni et aequi nomen dignitatemque opponere ... tum aucupia verborum et literarum tendiculas in invidiam vocant, tum vociferantur, ex aequo et bono, non ex callido versutoque jure rem judicari oportere: scriptum sequi calumniatoris esse, boni judicis voluntatem scriptoris auctoritatemque defendere; pro Murena c. 12: In omni denique jure civili aequitatem reliquerunt, verba ipsa tenuerunt; de off. I, 10: Existunt etiam saepe injuriae calumnia quadam et nimis callida, sed malitiosa juris interpretatione. Ex quo illud: summum jus, summa injuria.

Digitized by Google

Willensmeinung des Sprechenden, als billiges Recht auf der anderen Seite.

Dem älteren Recht war dieser Gegensatz fremd. Die Verhältnisse, bei denen die logische Interpretation Platz greift, sind sämmtlich erst in späterer Zeit klagbar geworden; rücksichtlich der Fideicommisse ist dies bekannt, rücksichtlich der Verträge des jus gentium wird der Beweis an einer anderen Stelle erbracht werden; für das ältere Recht bleibt demnach nur die Wortinterpretation übrig.

Um ein zutreffendes Bild von ihr zu entwerfen, dazu reichen unsere directen Quellenäußerungen nicht aus, denn sie beschränken sich auf eine ganz allgemeine Charakteristik derselben als einer mit äußerster Strenge und minutiöser Peinlichkeit verfahrenden Wortinterpretation (s. die Anm. 610). Dagegen gibt es für uns noch eine indirecte Quelle, welche diesen Mangel vollständig ersetzt und es uns ermöglicht, unsere Schilderung durch Beispiele anschaulicher zu machen, nämlich die Wortinterpretation des *späteren* Rechts. Mag auch nicht das ganze Material, das wir hier vorfinden, der älteren Zeit entstammen, mögen immerhin auch die späteren Juristen manches Einzelne erst hinzugefügt haben, darüber, meine ich, wird wohl kein Zweifel sein können, daß nicht bloß die Wortinterpretation selbst, ihre ganze Methode und Weise, sondern auch der größte Theil des Materials ein Vermächtniß der älteren Jurisprudenz ist, und daß der Geist, in dem sie gehandhabt ward, im Lauf der Zeit wohl ein milderer, unmöglich aber ein strengerer geworden sein kann.

Oberster Grundsatz der Wortinterpretation, so wie sie sich in der späteren Jurisprudenz erhalten hat, ist, daß alles, was gewollt, ausdrücklich gesagt werden muß; was gewollt, aber nicht gesagt ist, kommt nicht in Betracht, während umgekehrt was gesagt, aber nicht in *dem* Umfang gewollt ist, wie es gesagt ward, gleichwohl in diesem Umfange gilt, ungeachtet in beiden Fällen die Discrepanz des Wortes und Willens mit größter Sicherheit dargethan werden kann und auch dem Gegner nicht unbekannt ge-

Digitized by Google

blieben ist. Wer in seinem Testament seinen Sklaven zum alleinigen Erben einsetzt, gibt damit aufs unzweideutigste zu erkennen, daß er demselben auch die Freiheit zuwenden will, denn um Erbe zu werden, muß der Sklave frei sein. Allein frei werden und Erbe werden ist zweierlei, es handelt sich also um zwei an sich völlig von einander unabhängige Dispositionen, die Worte des Testators gehen aber nur auf eine derselben, folglich wird der Sklave weder frei, noch Erbe.[613]) Wenn Jemand für den Fall, daß seine Kinder vor ihm sterben sollten, einen Andern zum Erben einsetzt, so ist offenbar seine Vorstellung die, daß im entgegengesetzten Fall die Kinder erben sollen; man könnte letztere also auf Grund dieser indirecten Berücksichtigung, auch ohne daß sie selbst ausdrücklich eingesetzt sind, aus dem Testament zur Erbschaft berufen. Allein sie sind nicht ausdrücklich eingesetzt, und folglich ist, da sie auch nicht ausdrücklich enterbt sind, das Testament nichtig.[614]) Ähnliche Beispiele gewährt das Erbrecht in Menge, namentlich in der Lehre von der Exheredation und Präterition. Der Vater kann seine Kinder beliebig von der Erbschaft ausschließen, mithin auch unter einer Bedingung. Gesetzt nun, der Vater ernennt den Sohn unter einer casuellen Bedingung zum Erben, so ist offenbar seine Meinung, daß derselbe für den entgegengesetzten Fall ausgeschlossen sein soll. Allein er hätte dies ausdrücklich sagen müssen, denn Einsetzung und Enterbung ist zweierlei; — das Testament ist nichtig.[615]) Wenn der Servitutberechtigte sich das Recht ausbedungen hat, den Weg repariren zu dürfen, so versteht es sich, sollte man sagen, von selber, daß er

613) § 2 I. quib. ex caus. (1. 6), worin Justinian zugleich die Änderung referirt, die er im Geist des neueren Rechts hier getroffen hat.

614) L. 19 de hered. inst. (28. 5) L. 16 § 1 de vulg. et pup. subst. (28. 6). Nach den meisten neueren Pandektenlehrbüchern und selbst nach dem von Puchta (§ 473 not. c) soll dieses Musterstück altrömischer Wortinterpretation noch heutzutage gelten! S. dagegen v. Bangerow, Pandekten § 449 Anm. 1.

615) So z. B. L. 83 de cond. et dem. (35. 1). Ein ähnliches Beispiel gewährt die cretio perfecta und imperfecta. Ulp. XXII, 34.

Digitized by Google

das erforderliche Material herbeischaffen darf, und dies erkennt auch die spätere römische Jurisprudenz an, allein in alter Zeit nahm man darüber einen ausdrücklichen Zusatz in die Formel auf.[615a])

Es ist Jemand dem Andern zur Eigenthumsübertragung (dare) eines Sklaven verpflichtet, der Sklave erkrankt und stirbt aus Mangel an Pflege oder ärztlicher Behandlung. Haftet der Schuldner dafür? Nein, denn er hat sich nur zum dare, nicht zu einem facere verpflichtet.[616]) Der Verkäufer hat für den Fall der Entwährung der Sache die stipulatio dupli geleistet, es wird jetzt ein Theil evincirt, haftet er? Nein![617]) Wie rücksichtlich dieses Punktes, so begränzen rücksichtlich aller anderen die Vertragsworte genau den Umfang der Verpflichtung;[618]) satis est, sagt Cicero (de off. III, 16) von der Verpflichtung des Verkäufers nach den XII Tafeln, ea praestari, quae sunt lingua nuncupata. Darum haftete der Verkäufer für keine Fehler und Mängel, für die er nicht ausdrücklich die Garantie übernommen hatte, selbst wenn sie ihm bekannt gewesen waren. Erst das spätere Recht hat hier wie in so vielen anderen Fällen geholfen und den Anspruch der Partei auch auf solche Punkte ausgedehnt, deren im Vertrage keine Erwähnung geschehen war.[619])

Eine beträchtliche Ausleſe für unsern Zweck gewähren die Geschäfts- und Prozeßformeln. Die Fassung dieser Formeln war eine außerordentlich prägnante; jedes Wort wog schwer. Ob

---

615a) L. 4 de itin. (43. 19). Veteres nominatim adjiciebant, ut ea quoque, quae ad refectionem utilia essent, apportanti vis non fieret, quod supervacuum est, quia etc.

616) So noch Paulus in L. 91 pr. de V. O. (45. 1).

617) L. 56 § 2 de evict. (21. 2).

618) L. 126 § 2 de V. O. i. f. (45. 1).

619) z. B. Verzugszinsen, Verpflichtung zur diligentia, zur Bestellung einer cautio dupli (L. 31 § 20 de aed. ed. 21. 1), Verkaufsrecht des Pfandgläubigers (früher bedurfte es eines pactum de re vendenda). Das läßt sich auch so ausdrücken: die sogenannten accidentalia negotii (quae extrinsecus veniunt) haben sich nunmehr in naturalia (quae tacite insunt) verwandelt.

Digitized by Google

es z. B. in der Klagformel hieß: est oder erit, war für die richterliche Ästimation vom größten Einfluß, ebenso kam es bei der Einsetzung mehrerer Erben oder bei dem Vermächtniß an mehrere Legatare wesentlich darauf an, wie letztere aufgezählt, ob sie z. B. durch et verbunden oder einzeln neben einander genannt waren, oder ob zwei Legataren zusammen das Ganze oder jedem einzeln die Hälfte vermacht worden war. Wer den Sinn und Einfluß dieser Worte nicht kannte, sich derselben vielmehr in naiver Weise ebenso bediente, wie er es im Leben gewohnt war, also z. B. meinte, daß zwei Hälften, um es einmal paradox auszudrücken, gleich seien dem Ganzen, und daß es auf ein et mehr oder weniger nicht ankomme, konnte sich und Andere dadurch ohne sein Wissen im höchsten Grad verkürzen; das Wörtchen et konnte im Testament eine Million wiegen!

Für den Verkehr begründete diese Strenge der Interpretation die Gefahr arger Übervortheilung. Wer es verstand, einer Vertragsberedung, über deren Sinn er mit der Gegenpartei völlig einverstanden war, bei der schriftlichen oder mündlichen Formulirung, je nachdem sein Interesse es erforderte, einen engeren oder weiteren Ausdruck zu geben, der hatte gewonnenes Spiel, selbst wenn er hinterher zugestand, daß die beiderseitige Absicht auf etwas ganz anderes gerichtet gewesen sei. Ebenso stand es ihm frei, das Recht des Gegners durch Umgehung des Vertrages, d. h. durch eine Handlungsweise, die den Worten entsprach, der wirklichen Intention aber widerstrebte, zu eliviren.[620])

620) Der Begriff der Umgehung (fraus) wird zwar gewöhnlich nur auf die Gesetze bezogen und in den Quellen definirt als Beachtung der Worte mit Übertretung des wirklichen Willens des Gesetzes z. B. L. 29, 30 de leg. (1. 3) . . in fraudem, qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit. L. 5 Cod. de leg. (1. 14) verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem, allein es bedarf keiner Bemerkung, daß die Umgehung als unvermeidliche Folge der Wortinterpretation eben sowohl bei Rechtsgeschäften Platz greifen konnte, s. L. 1 § 3 de dol. exc. (44. 4). Et quidem dolo fit tam in contractibus quam in testamentis quam in legibus.

Digitized by Google

Die malitiosa juris interpretatio, wie Cicero (de off. l. c. 10)[620a]) sie nennt, war eine unvermeidliche Consequenz der alten interpretatio überhaupt, der dolus, die fraus war legalisirt, und das »summum jus«, die äußerste Strenge in der Handhabung der Worte, schlug daher nach der bekannten römischen Parömie, die Cicero hierbei in Bezug nimmt, nicht selten in eine »summa injuria« um. Das ältere Recht kannte gegen eine solche Gefahr keine Hülfe, im neuern konnte der Stipulant sich bei den Verträgen des strengen Rechts, bei denen die Gefahr überhaupt nur bestand, dagegen durch die clausula doli (»dolumque malum abesse abfuturumque esse«)[621]), sicher stellen, dem Promittenten konnte der Prätor durch Gewährung der exceptio doli helfen.

Übrigens betrachte man diese Gefahr nicht mit heutigen Augen. Sie war in der That ungleich geringer, als es den Anschein gewinnt. Wo ein Wort den Ausschlag gibt, pflegt man, durch eigenen oder fremden Schaden gewitzigt, die Worte ungleich sorgsamer abzuwägen, als wo eine Ungenauigkeit im Gebrauch derselben keine nachtheiligen Folgen nach sich zieht. Das natürliche Bedürfniß des Verkehrs führt hier von selbst zu Sicherungsmitteln gegen Gefahren, die uns, in dem Maße wenigstens, unbekannt sind. Dahin gehörte in Rom die Benutzung der Geschäftsformulare, von der in § 47 die Rede sein wird, so wie die bereits § 42 erwähnte Zuziehung eines Juristen bei Entwerfung des Vertragsinstruments (das cavere). Andererseits verdient gegen jenen Nachtheil der Wortinterpretation auch der in unserer allgemeinen Betrachtung der Wortinterpretation hervorgehobene Vortheil der Sicherheit, den sie dem Verkehr gewährte, in Gegenrechnung gebracht zu werden. Wo das Wort und nichts als

620a) Quo in genere, setzt er hinzu, etiam in re publica multa peccantur und fügt als Beispiel die Auslegung eines Waffenstillstandes von 30 Tagen hinzu, bei der man den Ausdruck Tag wörtlich genommen und sich die Nacht hindurch nicht an den Waffenstillstand gebunden erachtet hatte.

621) L. 6, l. 19 jud. solvi (46. 7) L. 69 de V. S. (50. 16).

Digitized by Google

das Wort gilt, vermag keine Kunst, keine Deutung ein richtig gewähltes Wort zu entkräften, das Resultat der Interpretation ist hier im voraus mit aller Gewißheit zu berechnen, während dies bei der logischen Interpretation keineswegs der Fall ist, da die Subjectivität des Richters hier einen ungleich größeren Spielraum hat. Gefährlich für den Unkundigen und Unvorsichtigen, war jene Strenge der Interpretation für den Kundigen und Vorsichtigen eher vortheilhaft als nachtheilig.

Schließlich darf ich den Antheil nicht übergehen, den dieselbe an der für das römische Recht so einflußreichen Ausbildung einer festen und prägnanten Kunstsprache hatte. Daraus erklärt sich auch die in der literarischen Thätigkeit der römischen Juristen, insbesondere gegenüber der unserer heutigen, so entschieden hervortretende juristisch-lexikalische Richtung, ihre Erörterungen de verborum significatione, de verbis priscis u. s. w.[621a]).

2. Interpretation der Gesetze.

Ein Mißgriff in den Worten gereicht bei dem Rechtsgeschäft bloß einer einzelnen Person zum Nachtheil und in der Regel nicht ohne ihr eignes Verschulden; der Schaden, der sich daran knüpft, ist ein vorübergehender. Ganz anders bei einem solchen Mißgriff von Seiten des Gesetzgebers, denn nicht bloß daß der Schaden hier eine unbegränzte Zahl schuldloser Personen trifft, sondern das Übel bleibt, sofern das Gesetz nicht aufgehoben wird, ein dauerndes. In dieser Verschiedenheit mag es liegen, daß, während an und für sich die Interpretation der Rechtsgeschäfte und Gesetze unter gleichen Grundsätzen stand, die alte Jurisprudenz sich doch gedrungen fühlte, die Strenge, die sie dort zur Anwendung brachte, hier in etwas zu ermäßigen. Allerdings spielt auch

621a) Die meisten der uns bei späteren Schriftstellern erhaltenen Bruchstücke älterer Juristen enthalten Worterklärungen; s. die Sammlung derselben in Huschke Jurispr. antej. p. 1 seq.

Digitized by Google

hier das Wort eine große Rolle, allein wie die Römer es bei den Auspicien verstanden, die Auctorität, welche sie ihnen einräumten, mit den unabweisbaren Forderungen des Lebens in Übereinstimmung zu bringen (I, 354 fl.), so wußten sie auch dafür Sorge zu tragen, daß die Unterwürfigkeit, welche sie den Worten der Gesetze bewiesen, nie das richtige Maß des praktisch Erträglichen überschritt.

Damit scheinen freilich die uns erhaltenen Probestücke dieser Interpretation wenig zu stimmen, dieselben machen den Eindruck eines mit äußerster Rücksichtslosigkeit gehandhabten Wortcultus. Man vergleiche folgende Fälle.

Bekannt ist der Passus der XII Tafeln über das Intestaterbrecht: Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto, si agnatus nec escit, gentiles familiam habento. Fast jedes dieser Worte ist die Quelle eines wichtigen Rechtssatzes geworden und zwar eines solchen, an den der Gesetzgeber selber sicherlich nicht gedacht hatte, der also nicht in seinem Willen, sondern nur in dem Wort seinen Grund hatte. Zuerst das Wort: intestato. Aus ihm folgerte man, daß, wenn die Erbschaft nur von einem der mehreren Testamentserben angetreten war, die ausfallenden Theile nicht, wie man erwarten sollte, den Intestaterben zuzuweisen seien, denn die Bedingung, unter der das Gesetz sie gerufen hatte, war das »intestato mori« des Erblassers; wessen Erbschaft aber auch nur von einem der mehreren Testamentserben angetreten war, von dem ließ sich nicht behaupten, daß er »intestatus« gestorben sei. Sodann: »si moritur«. Indem man das si für cum nahm, stützte man darauf das Requisit, daß, wer zur Erbschaft gelangen wolle, im Moment des Todes des Erblassers (wenn auch nur im Mutterleibe) existirt haben müsse.[622]) Ferner: »agnatus proximus«. Das Wort proximus mußte als Vorwand zur

622) L. 6 de suis (38. 16) les XII tabul. eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cujus bonis quaeritur, in rerum natura fuerit. Mit dem moriente eo ist eben dies si moritur gemeint.

Digitized by Google

Ausschließung der successio graduum, die folgenden: »si agnatus nec escit« zur Ausschließung der successio ordinum dienen. Beide Passus nahm man nämlich im absoluten Sinn, d. h. wenn ein nächster Agnat im Moment des Todes des Erblassers existirte, am Leben war. War er vor der Antretung verstorben oder hatte er die Erbschaft ausgeschlagen, so erklärte man den nächstfolgenden Agnaten nichts desto weniger für beseitigt, weil letzterer nicht im Moment des Todes des Erblassers der proximus gewesen war, und ebenso ließ man in diesem Fall die Gentilen nicht zu, weil sie nur für den Fall: si agnatus nec escit gerufen waren, der spätere Tod oder Verzicht des Agnaten aber die Existenz desselben im Moment des Todes nicht ungeschehen machte. Es war dies in der That ein Musterstück der Wortinterpretation, denn bei unbefangener Betrachtung kann man sich doch nicht verhehlen, daß bei der Intestaterbfolgeordnung der Entferntere nicht schlechthin, sondern nur im Interesse des Näheren ausgeschlossen wird, daß mithin, wenn letzterer später ausfällt, kein Grund vorliegt, warum der Entferntere nicht einrücken soll, da er, wenn auch nicht absolut, so doch relativ für die von dem Andern verschmähte Erbschaft der Nächste geworden ist. Wir würden daher, wenn jene Ausdrücke in einem heutigen Gesetz vorkämen, sie im relativen Sinn interpretiren d. h. sagen: der nächste Agnat ist derjenige, dem kein Näherer im Wege steht, und sind die Gentilen zuzulassen, wenn kein Agnat in diesem Sinn existirt, d. h. wenn keiner von ihnen ein Erbrecht geltend machen will oder kann. In diesem Sinn ward späterhin das prätorische Erbrecht gestaltet.[622a])

Eine lex Atilia bestimmte, daß Unmündigen und Frauenzimmern, denen es an einem Tutor fehlte, ein solcher von Amtswegen bestellt werden solle. Über den Fall, wenn zwar ein Tutor

622a) L. 1 § 10 de succ. ed. (38. 9) . . . ceteris bonorum possessio perinde competit, ac si prior ex eo numero non fuerit, und L. 2. pr. de bon. lib. (38. 2) . . sequentibus datur, atque si priores ex eo numero non essent.

Digitized by Google

vorhanden, derselbe aber z. B. wegen Wahnsinns, Taubheit u. s. w. zur Führung der Vormundschaft absolut unfähig war, hatte das Gesetz sich nicht ausgelassen. Was war hier zu thun? Wir heutigen Juristen würden vom Zwecke der Vormundschaft aus folgendermaßen argumentiren. Ob ein Vormund überhaupt nicht existirt, oder ob derselbe unfähig ist, steht sich völlig gleich; wenn also das Gesetz dem Bedürfniß nach Vormündern Abhülfe gewähren will, so muß seine Anordnung gleichmäßig in beiden Fällen Platz greifen. Die alte Jurisprudenz hielt sich hier wiederum an die Worte des Gesetzes, „Personen, die keine Vormünder haben.“ [623]) Eine Person, sagt sie, deren Vormund wahnsinnig oder sonst unfähig ist, hat einen Vormund, folglich greift die Bestimmung des Gesetzes nicht Platz. Es bedurfte erst verschiedener Senatsbeschlüsse, um diese Doctrin nach allen Anwendungen hin zu beseitigen. [624])

Als letztes Beispiel möge genannt sein die bereits bei einer früheren Gelegenheit (S. 184) berücksichtigte Stelle der Zwölf Tafeln für den Verkauf des Sohnes von Seiten des Vaters: »Si pater filium ter venumduit, filius a patre liber esto.« Die späteren Juristen würden den Ausdruck filius auch auf Töchter und Enkel erstreckt haben, [625]) die älteren bezogen ihn streng wörtlich nur auf den Sohn.

Diese Beispiele scheinen die Meinung, daß die ältere Jurisprudenz sich bei der Interpretation der Gesetze streng an das Wort gehalten habe, über allen Zweifel zu erheben, und doch ist dieselbe meines Erachtens entschieden zu verwerfen. [625a]) Um uns davon zu überzeugen, stellen wir zunächst eine Reihe anderer

623) Ulp. XI. 18 hat die Fassung: mulieribus pupillisve non habentibus tutores, Gaj. I § 185 und die Institutionen in pr. I. de Atil. tut. (1. 29): si cui nullus omnino tutor sit.

624) L. 17 de tut. (26. 1).

625) L. 84 de V. S. (50. 16): filii appellatione omnes liberos intelligimus.

625a) Der Versuch, sie wissenschaftlich zu begründen, ist nie unternommen, sonst würde man sich sofort von ihrer Unhaltbarkeit überzeugt haben,

Digitized by Google

Fälle zusammen, in denen die Jurisprudenz sich in nicht zu bestreitender Weise über das Wort hinweggesetzt hat.

Die Zwölf Tafeln setzten die Usucapionsfrist für den »fundus« auf zwei, für die »ceterae res« auf ein Jahr fest. Wozu gehörten nun die Häuser? Bei strenger Wortinterpretation offenbar zu den ceterae res,[626]) allein die Interpretation stellte sie praktisch aus gutem Grunde dem fundus gleich. Das Recht des Eigenthümers, Obst, Früchte u. s. w., die auf des Nachbarn Grundstück gefallen, aufzulesen, stammt aus den Zwölf Tafeln,[627]) allein die Worte des Gesetzes waren theils zu eng, theils zu weit. Jene — denn das Gesetz sprach bloß von glans (Eichel oder eichelähnliche Frucht, z. B. Kastanien); dieses — denn es band die Ausübung an keine Beschränkung. Hätte man hier wörtlich interpretiren wollen, so hätte man alle andern Früchte außer der genannten Art ausnehmen und andererseits dem Eigenthümer die Befugniß einräumen müssen jeder Zeit, also z. B. auch bei Nacht und des Tags zwei, drei Mal das Grundstück des Nachbarn zu betreten. Beides ist nicht geschehen.[628]) Das Gesetz bestimmte, daß der Sklave, dem der Herr im Testament gegen Entrichtung eines bestimmten Lösegeldes die Freiheit vermacht hatte, das Lösegeld nicht bloß dem Erben, sondern, wenn letzterer ihn veräußert hatte, auch dem »emtor« zahlen dürfe. Diesen Ausdruck nahm man im weitesten Sinn für jeden, der das Eigenthum am Sklaven erworben habe.[629])

---

aber in gelegentlichen Äußerungen tritt sie auch bei unseren besten Rechtshistorikern hervor, s. z. B. Keller Pandekten § 458 (Aufl. 1 S. 875): „nach der steifen Interpretationsweise dieser alten Zeit blieb man dabei genau bei dem Worte stehen."

626) Dies bemerkt auch Cic. Top. c. 4 at in lege aedes non appellantur et sunt ceterarum rerum omnium, quarum annuus est usus.

627) Plin. Hist. nat. XVI, 6.

628) Rücksichtlich des ersten Punktes half die Jurisprudenz L. 1 § 1 de glande leg. (45. 28), rücksichtlich des letzteren der Prätor L. 1 pr. ibid.

629) L. 29 § 1 de statul. (40. 7) . . quoniam lex XII tab. emtio-

Digitized by Google

Ebenso dehnte man den Ausdruck patronus auch auf die Kinder des Patrons aus.[630]) Die Worte der Zwölf Tafeln, auf die sich die act. aquae pluviae arcendae stützte, lauteten: »si aqua pluvia nocet.« Wollte man wörtlich interpretiren, so mußte man die Klage auf den Fall beschränken, wenn ein Schaden bereits geschehen war, allein die Jurisprudenz faßte das nocet auf im Sinne von: Schaden droht.[631]) Bei der Intestaterbfolge rief das Gesetz den suus und agnatus proximus. Wollte man hier die masculinische Form urgiren, so war das weibliche Geschlecht von der Intestaterbfolge ausgeschlossen. Und selbst das Erbrecht der männlichen sui hätte man wegdisputiren können, da das Gesetz es ihnen nicht ausdrücklich ertheilt, sondern nur stillschweigend vorausgesetzt hatte. Ja, wer die Worte: si intestato moritur streng wörtlich nehmen wollte, mußte sogar zu dem Resultate gelangen, daß die Intestaterbfolge in dem Fall ausgeschlossen sei, wenn der Erblasser mit Hinterlassung eines Testaments gestorben war, unabhängig davon ob die eingesetzten Erben angetreten oder ausgeschlagen hatten. Über das testamentarische Erbrecht enthielten die Zwölf Tafeln nur den einen bekannten Satz: »uti legassit super pecunia tutelave suae rei ita jus esto.« Wohin würde es geführt haben, wenn man diesen Satz in dem Umfange genommen hätte, wie er lautet! Von einem Einfluß der capitis deminutio des Testators, von dem Requisit der Erbfähigkeit der Erben u. s. w. hätte dann gar keine Rede sein können. Diese und andere Beschränkungen wurden also von der Jurisprudenz in das Gesetz gegen den Wortlaut hineingetragen.[632])

---

nis verbo omnem alienationem complexa videretur, non interesset, quo genere quisque dominus ejus fieret.

630) Vat. fragm. § 308: in XII patroni appellatione etiam liberi patroni continentur. Cf. Coll. XVI 8 § 2.

631) L. 21 pr. de statul. (40. 7) . . . sic et verba legis XII tabul. veteres interpretati sunt: si aqua pluvia nocet, i. e. nocere poterit.

632) L. 120 de V. S. (50. 16) . . . sed id coangustatum est vel legum vel auctoritate jura constituentium. § 10 I. de

Digitized by Google

Doch genug! Die angeführten Beispiele lehren zur Genüge, daß die alte Jurisprudenz sich nicht bei der Auslegung der Gesetze, unbekümmert um das Resultat, blindlings dem Wort dahingab, sondern daß sie für die Bedürfnisse des praktischen Lebens stets ein offenes Auge hatte und ihnen entsprechend das Gesetz zu deuten wußte. Dazu war doch trotz aller Verehrung für das Wort der Sinn der Römer zu gesund, als daß sie bei einem Mißgriff im Ausdruck von Seiten des Gesetzgebers ihre bessere Überzeugung und die Interessen des Lebens sklavisch dem Buchstaben geopfert hätten. Aus diesem Grunde dürfen wir annehmen, daß in den Fällen, wo scheinbar das Wort den Sieg davon trug, dies nicht in einer knechtischen Abhängigkeit vom Wort seinen Grund hatte, sondern daß man das Resultat *wollte* und das Wort nur als erwünschten Anhalt benutzte. Um davon an den obigen Beispielen die Probe zu machen, so hätte es, wenn man sonst die testamentarische und Intestaterbfolge für verträglich mit einander gehalten hätte, keine Schwierigkeit verursacht, die Worte: si intestato moritur damit zu vereinigen. Nahm man doch auch sonst das Wort: intestatus nicht im strengsten Sinn (S. 456). Die Benutzung der Worte: si moritur für den Satz, daß der Erbe im Moment des Todes des Erblassers gelebt haben müsse, war gleichfalls nur ein Vorwand, der entgegengesetzte Satz hätte sich mit diesen Worte eben so wohl vertragen. In dem Fall, wenn die Testamentserben ausgeschlagen hatten, bezog man ja diese Worte nicht auf die Todeszeit des Testators, sondern auf den Moment der Eröffnung der Intestaterbfolge. Die Ausschließung der successio graduum und ordinum auf Grund der angeführten Worte der Zwölf Tafeln scheint mit der Tendenz zusammenzuhängen, den von dem Gesetz in keiner

---

lege Aq. (4. 3) Illud *non ex verbis* legis, sed *ex interpretatione* placuit etc. Cic. de off. III 16. Nam quum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata . . . a *jureconsultis* etiam reticentiae poena est *constituta*.

Digitized by Google

Weise berücksichtigten bloßen Blutsverwandten (cognati) einen Zugang zum Nachlaß zu verschaffen — eine Tendenz, die wenigstens in späterer Zeit aufs unzweideutigste hervortritt und einen der Hauptzwecke der prätorischen Bonorum Possessio bildete.

Zum richtigen Verständniß der so auffälligen Interpretation der lex Atilia (S. 457) muß man sich erinnern, daß die Vormundschaft im älteren Recht einen ganz anderen Charakter an sich trug als in unserm heutigen. Die heutige Vormundschaft ist ausschließlich eine Schutzanstalt im Interesse des Mündels, die altrömische war zugleich ein Recht des Vormundes. Ging die patria potestas, die doch nicht minder als die Tutel den Beruf zur Erziehung und zum Schutz der ihr unterworfenen Personen in sich schloß, durch Wahnsinn und sonstige Unfähigkeit des Vaters zur Erfüllung dieses Berufs nicht unter, eben weil sie ein Recht war (so wenig wie in gleichem Falle die manus des Mannes über seine Frau), so mußte dasselbe auch für die Tutel gelten, und wir sind daher nicht zu der Annahme genöthigt, daß man bloß aus Rücksichten der Wortinterpretation sich einen Rechtssatz habe gefallen lassen, den man im übrigen für verkehrt hielt. Daß derselbe später aufgehoben ward, spricht nicht dagegen, denn diese Änderung hängt mit dem Umschwung in der späteren Auffassung der Vormundschaft zusammen.

Mit dem letzten der obigen Beispiele, dem Satz über den Verkauf des Sohnes hatte es dieselbe Bewandniß, wie mit der Ausschließung der successio graduum et ordinum, d. h. man urgirte absichtlich das Wort, um die Bestimmung selber einzuschränken; die Wortinterpretation war eine tendentiöse. Dem Verkaufsrecht des Vaters war schon zur Zeit der Zwölf Tafeln die öffentliche Meinung abhold, wie sich daraus ergibt, daß das Gesetz selber als Äußerstes nur eine dreimalige Ausübung verstattete. In demselben Geist schränkte die Jurisprudenz die Bestimmung des Gesetzes auf den Sohn ein und ließ — und darin eben liegt der unwidersprechliche Beweis der Tendenz — Töchter und Enkel durch einmaligen Verkauf von der Gewalt frei

Digitized by Google

werden. Hätte man unbefangen verfahren wollen, so hätte der Schluß nicht so lauten dürfen: weil das Gesetz nur den Sohn nennt, so werden Töchter und Enkel durch einmaligen Verkauf frei, sondern so: das dem Vater an sich zuständige Verkaufsrecht ist rücksichtlich ihrer keiner Beschränkung unterworfen.

Auf Grund der bisherigen Ausführung wird sich die bereits früher S. 66 angedeutete Behauptung rechtfertigen, daß das Verhältniß der alten Jurisprudenz zu dem Gesetz keineswegs das einer rückhaltslosen Unterwerfung unter den Buchstaben desselben war, wie das Wesen der strengen Wortinterpretation es mit sich bringt, sondern vielleicht ein freieres, als wir es nicht selten bei unserer heutigen Jurisprudenz wahrnehmen. Denn sie beschied sich nicht bloß auszulegen, sondern sie legte unter, sie drehte und deutete das Gesetz, wie sie es haben wollte, sie stellte sich, wenn auch der Form nach unter, doch der Sache nach über das Gesetz. Daß manche ihrer Auslegungen weder den Worten, noch dem Sinn des Gesetzes entsprachen, daß sie mit den Worten des Gesetzes hie und da geradezu ein Spiel trieb, das kann sie selbst sich unmöglich verhehlt haben. Nicht die Frage nach der Richtigkeit der Auslegung, sei es der bloßen Worte, sei es des legislativen Gedankens, entschied über die Annahme oder Verwerfung derselben, sondern die Frage von der praktischen Angemessenheit derselben. Oder hätten in der That die alten Juristen so blöde Augen gehabt, daß sie nicht gesehen haben sollten, auf wie schwachen Füßen so manche von ihren Auslegungen standen? Sie wollten es nicht sehen, es war Sache einer absichtlichen Connivenz, es bei dem, was Noth that, mit den Gründen nicht so genau zu nehmen. Das praktische Bedürfniß, das Interesse der juristischen Kunst, kurz Rücksichten, die der bloßen Auslegung als solcher fremd sind, gaben bei letzterer den Ausschlag, die Überzeugung von der inneren Richtigkeit der aufgestellten Ansicht beruhigte das Gewissen des Exegeten über die Schwäche der äußeren Begründung. Als die Zeit es mit sich brachte, für die Erhaltung des Vermögens im Mannesstamm Vorsorge zu treffen, und wahr-

Digitized by Google

scheinlich noch bevor die lex Voconia das Beispiel zu einer Verkürzung des Erbrechts der Weiber gegeben hatte, fanden die Juristen »subtilitate quadam excogitata«, wie Justinian[633]) sich ausdrückt, daß das Zwölftafelgesetz das Intestaterbrecht der Weiber auf agnatische Schwestern habe einschränken wollen. Mit welcher Stirn hätte ein Jurist eine solche Behauptung vorbringen dürfen, wenn er sich nicht bewußt gewesen wäre, daß er nicht sowohl das Gesetz auszulegen, als dasselbe den Interessen und Bedürfnissen der Zeit anzupassen den Beruf habe! Mit dem Wechsel dieser Bedürfnisse wechselte auch die Interpretation. Zu einer gewissen Periode bedurfte es der Usucapion der Erbschaft, und sie war da, zu einer andern Periode war sie nicht mehr nöthig, und sie verschwand, oder, wie Gajus sagt,[634]) man hielt es jetzt nicht mehr für möglich, daß Erbschaften usucapirt werden könnten! Kurz! die ältere Interpretation war wesentlich tendentiöser Art.

Weit entfernt aber, ihr daraus einen Vorwurf zu machen, glaube ich im Gegentheil, es der alten Jurisprudenz zum hohen Lobe anrechnen zu sollen, daß sie, anstatt sich sklavisch dem Gesetz unterzuordnen, dasselbe den Bedürfnissen des Lebens und den Anforderungen der Zeit anzupassen versuchte. Sie läßt sich in dieser Beziehung als Vorgängerin des Prätors bezeichnen. Beide haben eine sehr beträchtliche rechtsbildende Thätigkeit ausgeübt und zwar nicht selten auf Kosten des gesetzlichen Rechts, während der Beruf des Juristen und Richters nach unserer heutigen Auffassung nur darin bestehen soll, die Gesetze anzuwenden oder die Anwendung zu vermitteln. Aber gerade dieser Beruf gewährt die Gelegenheit, den Werth oder Unwerth der Gesetze, ihre Mängel, Lücken, ihre ursprüngliche oder erst im Lauf der Zeit eingetretene praktische Unangemessenheit kennen zu lernen, und so lange man

633) L. 14 C. de legit. her. (6. 58).

634) Gaj. II, 54 . . postea creditum est, ipsas hereditates usucapi non posse.

Digitized by Google

es nicht dahin gebracht haben wird, in den mit der Rechtspfleg betrauten Personen allen gesunden Sinn und alles Gefühl zu ersticken, wird die Opposition gegen ein unhaltbares Gesetz immer zuerst gerade von denen ausgehen, die zu seinen Organen und Dienern berufen sind. In der Theorie mag man dies noch so scharf verdammen, dem Richter die Pflicht einschärfen, seinem Urtheil über die Unangemessenheit des Gesetzes keine praktische Folge zu geben, die Thatsache wird dadurch nicht anders: dem Verdammungsurtheil der Juristen ist auf die Dauer kein Gesetz gewachsen. Absichtlich oder unabsichtlich wird die Hand des Richters läßig, der Arm der Gerechtigkeit erlahmt, und der Scharfsinn des Exegeten bietet alle Mittel auf, das Gesetz zu durchlöchern und zu unterminiren, Voraussetzungen hineinzutragen, von denen das Gesetz nichts weiß, die Worte, je nachdem es Noth thut, im weitern oder engern Sinn zu deuten, und wie durch stillschweigende Verschwörung finden auch die erzwungensten Deductionen Eingang und willigen Glauben — auch die Logik fügt sich dem Interesse. Dieser stille Krieg der Juristen gegen das Gesetz wiederholt sich überall, wo ein Gesetz zu einer Unmöglichkeit geworden ist und doch von der Staatsgewalt nicht zurückgenommen wird. Es ist die natürliche Reaction des gesunden Rechtsgefühls gegen eine eclatante Mißachtung seiner selbst von Seiten der Gesetzgebung. Ein Beispiel aus neuerer Zeit bietet uns die Geschichte der peinlichen Halsgerichtsordnung. In demselben Maße, in dem der Widerspruch stieg, den die veränderte Gefühls- und Denkweise einer späteren Zeit gegen die Härte ihrer Strafbestimmungen erhob, in demselben Maße ward die Kunst der Interpreten erfinderischer, diese Härten zu beseitigen, und es konnte sich sogar Einer derselben rühmen, daß er auch nicht einen Buchstaben vom Gesetz habe stehen lassen. Betrachtet man derartige Tendenzinterpretationen, wie wir deren oben einige zur Probe angeführt haben, mit unkundigem Auge, d. h. weiß man nicht, welche Bewandniß es mit ihnen hat, so muß es wahrhaft räthselhaft erscheinen, wie sie bei ihrer völligen

Digitized by Google

Unhaltbarkeit, ihrer offensichtlichen Gewaltsamkeit nur den geringsten Beifall haben finden, ja wie nur Jemand sie im Ernst hat aufstellen können.[635])

Dies ist der maßgebende Gesichtspunkt, unter dem wir die alte Interpretation zu beurtheilen haben. Materiell war das, was sie einführte, gewiß völlig untadelhaft, durch ein gebieterisches Bedürfniß des Lebens motivirt, und in dieser Beziehung würde man sehr Unrecht thun, den Vorwurf, den Cicero[636]) den älteren Juristen machte, daß sie das alte Recht corrumpirt hätten, für einen ernstgemeinten zu halten. Der Impuls zu dieser angeblichen Corruption ging nicht von ihnen, sondern von der Nation aus, und wenn sie selber der Strömung der Zeit hätten Wi-

---

635) In dieser Lage haben sich manche gelehrte Theoretiker der Neuzeit gegenüber den Interpretationen der früheren Praktiker befunden und sich nicht wenig darauf gedünkt, die quellenmäßige Unrichtigkeit derselben darzuthun. Verdienstlicher wäre es gewesen zu fragen, ob denn diese Vorgänger so mit Blindheit geschlagen gewesen sind, daß sie handgreifliche Unwahrheiten für wahr halten konnten. Dann wäre man wohl dem wahren Grunde auf die Spur gekommen und hätte sich nicht verleiten lassen, im Widerspruch mit dem vielgepriesenen Vorbilde der römischen Juristen und der Vorschrift der L. 23 de leg. (1. 3): minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt, an Sätzen zu rütteln, welche die Praxis ihrer selbst wegen aufgestellt hat, und für die sie in den Quellen nur nach einem wenn noch so schwachen Haken gesucht hatte, um sie daran aufzuhängen. Dahin gehört meiner Ansicht nach z. B. die Spolienklage und das Summarißimum, deren übermüthige und doch leichtfertige und verständnißlose Abfertigung durch Savigny reichen Stoff zur Betrachtung darbietet und leider unter den durch seinen Einfluß geleiteten Theoretikern nur zu willige Nachahmung gefunden hat! — Übereinstimmend mit mir haben sich geäußert Delbrück Die dingliche Klage des deutschen Rechts S. 88—91, Stobbe Geschichte der deutschen Rechtsquellen II, S. 122 Note 29, Bähr in meinen Jahrbüchern B. 13 S. 284.

636) In der bekannten Stelle pro Murena c. 12 . . nam quum permulta praeclare legibus essent constituta, ea jurisconsultorum ingeniis pleraque corrupta ac depravata sunt. Er selbst räumte bekanntlich später ein, daß diese Worte apud imperitos dicta gewesen seien, de finibus IV 27.

Digitized by Google

derstand leisten wollen, dieselbe würde sich in anderer Weise Bahn gebrochen haben. Aber eben weil und insoweit ihre Kunst ausreichte, das Nöthige zu beschaffen, bedurfte es keiner Thätigkeit der Gesetzgebung; letztere wird regelmäßig nur da eingegriffen haben, wo die Jurisprudenz sich außer Stand sah, die erforderliche Abhülfe zu gewähren.

So verdient denn die alte Interpretation für ihre Zeit in der That dasselbe Prädicat, das man später dem Prätor beilegte: das einer viva vox juris civilis, eines lebendigen Organs des Rechts, nicht eines mechanischen Sprachrohrs. Dem Namen nach bloße Erklärungen, schlossen ihre Auslegungen in der That eine wahre Umgestaltung und Weiterbildung des Gesetzes im Geiste der Zeit in sich. So faßten auch die Römer, wenigstens in späterer Zeit, die Sache auf, denn sie bezeichneten die älteren Juristen als veteres, qui tunc jura condiderunt,[637] und sie sprachen von einem eigenen Juristenrecht (jus civile im engern Sinn).[638] So sehr man aber einerseits den materiell-productiven Charakter dieser alten Doctrin betonen darf, so wesentlich gehört zu ihrer Charakteristik doch auch das andere von mir hervorgehobene Moment: der formelle Anschluß derselben an die vorhandenen Gesetze, und auch dies wird von den Römern selber bemerkt.[639] Es ist, als ob die Jurisprudenz sich damals noch nicht, wie in späterer Zeit, getraut hätte, den schöpferischen Beruf, den sie der Sache nach einmal hat, und den sie nirgends mehr ausgeübt hat als in Rom, geradezu und offen in Anspruch zu nehmen; daher stets das Bestreben nach einer Deckung durch das Gesetz. Wäre uns eine genauere Einsicht in ihre Entwicklungsgeschichte verstattet, wir würden gewiß noch für manche von

637) Gaj. IV, 30.

638) L. 2 § 5 de orig. jur. (1. 2) ... hoc jus, quod sine scripto venit, compositum a prudentibus.

639) So von Pomponius in der Stelle der vorigen Note, worin das Juristenrecht als Resultat der interpretatio bezeichnet wird.

Digitized by Google

ihren Sätzen die Fäden finden, mit denen sie dieselben, wenn auch noch so lose und äußerlich mit dem Gesetz verknüpft hatte.

Ich habe eine Frage bis auf den Schluß verspart, weil sie, obgleich sie dem Zusammenhang nach an einen frühern Ort gehört, mir doch erst hier ihre Erledigung finden zu können scheint. Es ist nämlich die: wie betrachtete die alte Interpretation die Umgehung der Gesetze? Dem Princip der Wortinterpretation gemäß hätte sie dieselbe wie bei Rechtsgeschäften, so auch bei Gesetzen für statthaft erklären müssen. Denn die Umgehung des Gesetzes enthält ja keinen Verstoß gegen die Worte, sondern nur gegen die wirkliche Absicht des Gesetzes,[640] mithin gegen ein Moment, das die Wortinterpretation als solche grundsätzlich ignorirt. Das positive Material, das uns zur Beantwortung dieser Frage zu Gebote steht, ist außerordentlich dürftig. Einerseits werden uns zwar Fälle der Umgehung der Gesetze aus alter Zeit berichtet, so namentlich der Zinsgesetze,[641] der Gesetze über die Provocation,[642] allein Versuche zur Umgehung von Gesetzen kommen jederzeit vor, es fragt sich nur, wie das Recht sie ansieht und behandelt, darüber aber versagen uns die Berichte eine bestimmte und sichere Antwort, obgleich mir allerdings durchzuschimmern scheint, daß die Versuche zur Umgehung mit Erfolg gekrönt waren, das Recht dieselben also nicht wie in späterer Zeit schlechthin als nichtig behandelte. Nur in einem einzigen Fall wird uns, so viel mir bekannt, eine ganz bestimmte und unzweideutige Auskunft gegeben, und zwar eine andere, als wir dem obigen nach erwarten würden. Licinius Stolo, der bekannte Urheber der nach ihm be-

---

640) S. Note 620.

641) Tacitus Ann. VI, 16: multisque plebiscitis obviam itum fraudibus, quae toties repressae miras per artes rursus oriebantur; Beispiele bei Liv. II, 31. XXXV, 7.

642) Wenigstens scheinen die Worte, mit denen Livius X, 9 die dritte Redaction desselben berichtet: legem tulit diligentius sanctam darauf hin zu deuten, daß die Nothwendigkeit einer wiederholten sorgfältigeren Redaction in der Umgehung des bisherigen Gesetzes ihren Grund hatte.

Digitized by Google

nannten Rogationen, hatte sein eigenes Ackergesetz dadurch umgangen, daß er seinen Sohn emancipirt und den das gesetzliche Maß übersteigenden Theil seines Grundbesitzes auf ihn übertragen hatte; darauf hin ward er, wie Livius[643]) berichtet, nach seinem eigenen Gesetz verurtheilt: »quod emancipando filium fraudem legis fecisset.« Die Glaubwürdigkeit dieses Zeugnisses läßt sich nicht in Zweifel ziehen, allein es würde meiner Meinung nach übereilt sein, darin die endgültige Beantwortung der obigen Frage zu erblicken. Denn der Richter, der den Licinius verurtheilte, war das Volk,[644]) und wenn man weiß, wie dasselbe bei Ausübung seiner Strafgerichtsbarkeit verfuhr (S. 46), wird man schwerlich den Schluß von ihm auf den gewöhnlichen Richter für einen zwingenden halten. Jedenfalls verdient gegenüber diesem einzigen Zeugniß auf der andern Seite in die Wagschale geworfen zu werden, daß unter den Scheingeschäften des ältern Rechts nicht wenige sich befanden, die geradezu eine Umgehung gesetzlicher Bestimmungen enthielten,[645]) so wie daß die Gesetzgebung selber in Fällen, wo sie sich scheute, ein früheres Gesetz direct und ausdrücklich aufzuheben, dasselbe umging.[646]) In einer Zeit, welche die Umgehung des Gesetzes mit unsern heutigen oder mit den Augen der späteren römischen Juristen angesehen hätte, wäre beides nicht möglich gewesen. Vielleicht verhält es sich mit dieser Frage, wie mit der Wortinterpretation der Gesetze überhaupt, d. h. die Jurisprudenz erkannte die Berechtigung der Umgehung

643) Liv. VII, 16.

644) Die Übertreter des Gesetzes wurden von den Aedilen vor dem Volk auf eine Geldstrafe belangt. So z. B. Liv. X, 13.

645) Cic. pro Murena c. 12. Nam quum permulta praeclare legibus essent constituta, ea jureconsultorum ingeniis pleraque corrupta ac depravata sunt.

646) Das Hauptbeispiel gewährt die lex Furia über die Höhe der Legate; das Gesetz hob den Satz der XII Tafeln: uti legassit, ita jus esto rücksichtlich des von ihm vorgeschriebenen Betrages der Legate nicht auf, aber es umging ihn, indem es den Legatar, der einen höheren Betrag annahm, mit der Strafe des Vierfachen belegte, B. 3 § 52 (S. 109).

Digitized by Google

des Gesetzes im Princip an, wie sie denn ja selber bei ihren Scheingeschäften auf diesem Fundamente stand, wußte aber nichts desto weniger im einzelnen Fall, wo die Verstattung des Umweges dem Rechtsgefühl oder höheren Interessen widerstrebte, irgend ein künstliches Mittel zu finden, um ihn zu verschließen.

III. Der Formalismus.

1. Wesen und praktische Bedeutung desselben.

Begriff des formellen und formlosen Geschäfts — Kritik des Formalismus vom praktischen und ethischen Standpunkt — allgemeine und besondere Vortheile und Nachtheile der Form — wechselndes Verhältniß beider.

XLV. Von allen Charakterzügen des älteren Rechts drängt sich kein anderer in dem Maße sofort auch der oberflächlichsten Betrachtung auf als der demselben eigenthümliche Formalismus, es ist der erste Eindruck, dessen wir uns bei einer Beschäftigung mit demselben bewußt werden. Liegt dies an uns, an unserm einer solchen Erscheinung im heutigen Recht minder gewohnten und darum besonders dafür empfänglichen Auge? Gewiß nicht! Sondern dieser Charakterzug ist in Wirklichkeit der am schärfsten ausgeprägte, am consequentesten durchgeführte; selbst der Gedanke der Freiheit, der ihm im übrigen am nächsten kommt, und der wie er das ganze Recht, das öffentliche wie das Privatrecht beherrscht, selbst er kann sich nicht mit ihm messen. Kein materielles Princip verstattete eine so rücksichtslose, uneingeschränkte Durchführung, wie das der Form, kein Element des alten Rechts hat sich so lange erhalten; die römischen Formen haben die römische Freiheit überlebt.

Es ist ein eigenthümliches Verhältniß, welches gerade zwischen diesen beiden Fundamentalgedanken des römischen Rechts, der Form und der Freiheit, obwaltet. Scheinbar sich widersprechend — denn der höchsten Freiheit des materiellen Wol-

Digitized by Google

lens, welche der eine gewährt, setzt der andere die äußerste Gebundenheit in formeller Beziehung entgegen — scheinbar sich widersprechend, verrathen sie doch durch den Parallelismus ihrer Entwicklungslinien, daß sie sich gegenseitig bedingen und durch eine geheime Wechselbeziehung aufs engste aneinander gekettet sind. Die Blüthezeit der Freiheit ist zugleich die Periode der peinlichsten Strenge in der Form, dem allmähligen Verfall jener entspricht das Nachlassen der Strenge dieser, und als jene völlig gebrochen und unter dem fortgesetzten Druck des Cäsaren-Regiments den letzten Rest dessen, was noch an alter Kraft in ihr war, ausgeathmet hatte, folgten auch die Formen und Formeln des alten Rechts ihr nach; und würde es nicht schon an sich zum Nachdenken auffordern, daß ihre Beseitigung gerade in eine Zeit fällt, wo sich das souveräne Belieben unverhüllt und offen als oberstes staatsrechtliches Princip auf den Thron gesetzt hatte — die Zeit der byzantinischen Kaiser, die Leichenrede, mit der letztere dieselben begleiteten, die Abneigung und Geringschätzung gegen sie, die sie darin kundgeben,[647]) müßte uns über das Verhältniß zwischen der Freiheit und der Form die Augen öffnen. Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingsschwester der Freiheit. Denn die Form hält der Verlockung der Freiheit zur Zügellosigkeit das Gegengewicht, sie lenkt die Freiheitssubstanz in feste Bahnen, daß sie sich nicht zerstreue, verlaufe, sie kräftigt sie nach innen, schützt sie nach außen. Feste Formen sind die Schule der Zucht und Ordnung und damit der Freiheit selber und eine Schutzwehr gegen äußere Angriffe, — sie lassen sich nur brechen, nicht biegen — und wo

647) L. 1 Cod. de form. subl. (2. 28) (342) juris formulae aucupatione syllabarum insidiantes . . L. 15 pr. Cod. de testam. (6. 23) (339) quoniam indignum est ob inanem observationem . . . L. 9 Cod. qui admitti ad B. P. p. (6. 9): Verborum inanium excludimus captiones. L. 17 Cod. de jure delib. (6. 30) (407) cretionum scrupulosam solennitatem hac lege penitus amputari decernimus.

Digitized by Google

ein Volk sich wahrhaft auf den Dienst der Freiheit verstand, da hat es instinctiv auch den Werth der Form herausgefühlt und geahnet, daß es in seinen Formen nicht etwas rein Äußerliches besitze und festhalte, sondern das Palladium seiner Freiheit.

Schon diese erste Beobachtung, die wir unserm Gegenstande entnehmen, muß uns lehren, daß wir es hier nicht mit einer rein äußerlichen Erscheinung, sondern mit einem Gegenstand von tief innerlicher Bedeutung zu thun haben. Hätte die Rechtsphilosophie oder die positiv-romanistische Jurisprudenz, die beide die dringendste Veranlassung hatten, diese Bedeutung festzustellen, sich der Aufgabe unterzogen, ich würde nicht nöthig haben, mir auch hier wieder durch eine Untersuchung allgemeinerer Art den Weg zur historischen Darstellung zu bahnen. Allein der Rechtsphilosophie scheint die Frage so speciell und stofflich, der positiven Jurisprudenz umgekehrt zu abstract [648]) gewesen zu sein, und so bleibt mir nichts übrig, als meinerseits sie zu behandeln.

Der Gegensatz von Inhalt und Form wird wie von den Dingen der äußeren Natur, so auch von denen des Geistes gebraucht, wir sprechen von den Formen der Gefühle, des Gedankens, des Willens u. s. w. und verstehen darunter die Mittel, in denen die inneren Vorgänge, Ideen, Empfindungen, Entschlüsse u. s. w. Ausdruck und äußere Existenz gewinnen. In beiden Anwendungen aber hat der Gegensatz keine reale Existenz, er ist nichts als eine Abstraction; unter Form verstehen wir den Inhalt von Seiten seiner Sichtbarkeit. Eben darum aber setzt die Form stets den Inhalt, wie der Inhalt eine Form voraus; es gibt weder einen Inhalt ohne Form, noch eine Form ohne Inhalt.

---

648) Der einzige, der sie vor mir berührt hat und, wie nicht anders zu erwarten, in beachtenswerther Weise, ist Savigny System III S. 238 und Oblig. R. II 218.

Digitized by Google

Der Schein des Gegentheils hängt mit dem Wechsel der Form zusammen; der schließlichen Form, die wir dem Inhalt entgegenstellen, geht nicht ein Inhalt ohne Form, sondern ein Inhalt in anderer, unvollkommener Form voraus.

In dieser Weise verhält es sich mit dem Gegensatz auch bei dem Gegenstand unserer Betrachtung, dem rechtlichen Willen. Die Annahme desselben ist bedingt durch seine Erkennbarkeit, letztere durch seine Äußerung. In diesem Sinne gibt es also keinen formlosen Willensakt — ein Wille ohne Form wäre gleich dem Lichtenbergschen Messer ohne Klinge, dem der Stiel fehlt. Wenn wir nichts desto weniger von formlosen Willenserklärungen reden, so liegt auf der Hand, daß der Ausdruck Form hier eine andere und zwar engere Bedeutung hat. Damit hat es folgende Bewandniß.

Das Recht kann dem Willen rücksichtlich der Mittel seiner Äußerung im Rechtsgeschäft[649]) entweder völlige Freiheit lassen, so daß also jedwedes Mittel, sei es das Wort, die Handlung, das Zeichen und unter Umständen selbst das Schweigen, insofern nur der bestimmte Willensinhalt daraus mit Sicherheit entnommen werden kann, zur Hervorbringung der beabsichtigten Wirkung ausreicht, oder aber es kann ihn in der Wahl dieser Mittel beschränken und zwar entweder so, daß es die Erreichung des beabsichtigten Zwecks an die Benutzung einer bestimmten Äußerungsform knüpft, so daß also im Unterlassungsfall entweder gar keine Wirkung (Strafe der Nichtigkeit) oder nicht die volle Wirkung[650]) eintritt, oder aber in der Weise, daß die Nichtbeachtung der Form, ohne das Rechtsgeschäft selbst in irgend einer Weise zu afficiren, für den Urheber desselben eine von letzterem

649) Daß und warum der folgende Gegensatz nur bei Rechtsgeschäften, nicht auch bei Delicten Anwendung leidet, bedarf keiner Ausführung.

650) Man vergleiche z. B. das pignus publicum und privatum des neueren römischen Rechts, im deutschen Recht den Gegensatz der läugenbaren und unläugenbaren Schuld s. u.

Digitized by Google

völlig unabhängige Strafe z. B. eine fiscalische Geldstrafe[651]) nach sich zieht. Nur die in der ersten Weise postulirten Formen sind es, die den Begriff des formellen Rechtsgeschäfts constituiren. Bei der zweiten Art erscheint das Rechtsgeschäft lediglich als äußere Veranlassung zur Vornahme einer anderen bedingungsweise vorgeschriebenen Handlung.[652]) Das formelle Rechtsgeschäft läßt sich mithin definiren als dasjenige, bei dem sich die Nichtbeachtung der rechtlich erforderlichen Form der Willensäußerung im Rechtsgeschäft selber rächt.[652a]) Requisite des Rechtsgeschäfts, die sich nicht auf die Form der Willensäußerung beziehen, gehören gar nicht hierher.

Jede Formvorschrift enthält eine Beschränkung des Willens in der Wahl seiner Ausdrucksmittel, aber nicht jede derartige Beschränkung macht das Geschäft, für welches sie aufgestellt ist, zu einem formellen. Die Beschränkung kann eine negative oder positive sein. Ersteres, wenn nur ein gewisses Äußerungsmittel (z. B. die stillschweigende Erklärung) oder der Abschluß an einem gewissen Ort, zu einer gewissen Zeit gesetzlich ausgeschlossen ist, letzteres, wenn die Äußerungsform positiv fixirt ist.[653]) Dort

---

651) In dieser Weise hat man hie und da das Gebot der Zuziehung von Stempelpapier gesichert. Mit dem obigen Gegensatz hängt, insoweit es sich dabei um Beachtung einer Form handelt, der der leges perfectae und minus quam perfectae zusammen.

652) Der Miethcontract mit dem Gesinde ist in unserem heutigen Recht durch das vielfach vorkommende Gebot polizeilicher Anmeldung des Gesindes kein formeller geworden.

652a) Wenn Puchta Pandekten § 250 innerhalb dieser Begriffe noch zwischen mangelnder Gültigkeit und mangelnder Klagbarkeit unterscheiden will, so ist dies eine in jeder Weise unglückliche Idee, die man sich bloß die Mühe zu nehmen braucht im Einzelnen weiter durchzuführen, um sie als völlig unhaltbar zu erkennen. Was ihr zu Grunde liegt, ist ein Gegensatz in den römischen Formen, für den wir später den richtigen Ausdruck finden werden, nämlich der der naiven (volksthümlichen, gewohnheitsrechtlichen) und tendentiösen (durch Gesetz eingeführten).

653) Diese Fixirung kann auch lediglich den Ort (z. B. vor Gericht, auf der Börse) und denkbarerweise könnte sie auch die Zeit betreffen.

Digitized by Google

dürfen wir von „Formbeschränkungen", nicht aber von einem formellen Geschäft reden, denn die von dem Handelnden beliebte Form ist trotz der Beschränkung in der Wahl nichts desto weniger ein Werk der Wahl gewesen, sie hat alle Eigenschaften der freien oder individuellen Form, von denen sogleich die Rede sein wird, während das formelle Geschäft, soweit die Formvorschrift reicht, jede Wahl und Freiheit ausschließt.

Demzufolge würde sich der Begriff des formlosen Rechtsgeschäfts als mehr oder minder freie Selbstbestimmung des Willens rücksichtlich der Form seiner Äußerung definiren lassen, und wir könnten demgemäß den Gegensatz der Formlosigkeit und des Formalismus als den der freien und unfreien Form bezeichnen. Dies Moment der Freiheit ist das allein entscheidende. Darum also begründen Formen, die auf freier Wahl der Parteien beruhen, z. B. die Zuziehung von Zeugen, die schriftliche Aufzeichnung des Contracts kein formelles Geschäft, selbst dann nicht, wenn sie noch so feierlich und noch so allgemein üblich sind, ohne aber rechtlich nothwendig zu sein. Nicht das äußere Gepränge, sondern der innere juristische Charakter der Form, d. h. ihre rechtliche Nothwendigkeit ist das Entscheidende. Mündlicher Abschluß eines Vertrags ist an sich nichts Solennes, allein wo er gesetzlich vorgeschrieben, ist der Vertrag ein formeller. Ebenso die Zuziehung von Zeugen. Nicht minder gleichgültig für den Begriff des formellen Geschäfts ist das legislative Motiv der Form. Der Zweck, den das Gesetz im Auge hatte, kann ein mannigfaltiger sein, z. B. Sicherstellung des Beweises, Ausschließung von Übereilungen, Übervortheilungen u. s. w. Ob dieser Zweck durch die Form wirklich erreicht wird, ob er auch auf andere Weise erreichbar ist, und ob die Partei ihn auf andere Weise wirklich erreicht hat, relevirt nichts: der Gesetzgeber hat einmal die Sorge für die Erreichung dieses Zweckes nicht der Einsicht und dem freien Entschluß der Partei überlassen wollen, sondern er hat die Sache selber in die Hand genommen und den ihm gut scheinenden Weg zur Erreichung desselben zum ausschließlichen, nothwendigen erhoben.

Digitized by Google

Diese Nothwendigkeit und Ausschließlichkeit, welche das Wesen der unfreien Form ausmacht, ist aber eine positive, jede derartige Form ist also in diesem Sinn etwas Zufälliges, Willkürliches, so sehr sie im übrigen auch das Product einer gesunden und naturgemäßen historischen Entwicklung sein mag. Darum also ist die Tradition, Occupation, kurz die Apprehension des Besitzes kein formeller Act, denn die Nothwendigkeit derselben ist eine innere, sie liegt in dem Zustand, den sie begründen soll, die Tradition verhält sich zum Besitz kaum anders als die Geburt zum Leben. Dies Moment der Positivität der Form im Gegensatz zu der Allgemeingültigkeit, logischen Selbstverständlichkeit des Grundsatzes der Ungebundenheit des Willens in Bezug auf seine Form ist auch den römischen Juristen nicht entgangen, wie seiner Zeit (drittes System) bei dem Gegensatz des jus civile und jus gentium nachgewiesen werden wird.

Der bisher entwickelte Gegensatz der Freiheit und Unfreiheit rücksichtlich der Äußerungsform des Willens fällt zusammen mit dem der individuellen und abstracten Form. Die freie Form ist zugleich eine individuelle, denn sie geht ganz auf in diesem bestimmten Rechtsgeschäft, sie entsteht und vergeht mit ihm, ja sie ist im Grunde nichts als dieser bestimmte concrete Inhalt von Seiten seiner Sichtbarkeit. Die unfreie Form hingegen ist zugleich eine abstracte, stereotype. Denn wenn sie gleich nur an und in dem concreten Rechtsgeschäft zur Erscheinung gelangt, so hat sie doch andererseits eine davon unabhängige (abstracte) Existenz, sie geht nicht hervor aus und fällt nicht zusammen mit diesem einzelnen Rechtsgeschäft, sondern sie tritt von außen als etwas Selbständiges, bereits Vorhandenes, Gegebenes mit dem Anspruch auf unbedingte Beachtung an das Rechtsgeschäft heran, die Bildung des letzteren erfolgt durch eine Combination zweier separater Elemente: des concreten Inhalts und der ein für alle Male bestimmten Form. So erklärt sich der obige engere Sprachgebrauch rücksichtlich des Ausdrucks Form, demzufolge die Rechtsgeschäfte mit freier Form als „formlose"

Digitized by Google

gelten. Bei letzteren nämlich, bei denen die Form ganz dem Willen anheim gegeben ist,[654]) gelangt die Form nicht zur eigenen selbständigen Existenz, sie ist ein bloßes Accidens des Inhalts, bei den formellen Geschäften hingegen ist die Form in der That zum Range einer eigenen juristischen Größe, zur selbständigen Existenz erhoben. So läßt sich also der Gegensatz der formlosen und formellen Geschäfte oder, um hier gleich den Ausdruck einzuführen, mit dem ich ihn fortan bezeichnen werde, der Gegensatz der Formlosigkeit und des Formalismus, auf jenen allgemeinen Gegensatz des Individualismus und der abstracten Gleichheit zurückführen, der sich uns bereits verschiedentlich als einer der Angelpunkte des älteren und neueren römischen Rechts bewährt hat (S. 94 fl., S. 112 fl., S. 447).

Erscheint nun dem bisherigen nach das Princip der Formlosigkeit vom aprioristischen Standpunkt aus als das normale, weil dem natürlichen Verhältniß zwischen Form und Inhalt entsprechende, das des Formalismus aber wegen seiner Abweichung von demselben als das irreguläre, so möchte man erwarten, daß sich dieses Verhältniß beider auch in ihrem geschäftlichen Auftreten bewähre, d. h. daß ersteres die Regel, letzteres die Ausnahme bilde. Diese Annahme trifft in der That für unser heutiges gemeines Recht zu; nichts desto weniger aber ist sie falsch. Überhaupt straft die Geschichte unsere Erwartung hier in jeder Weise Lügen. Würde uns gesagt, daß von den drei Möglichkeiten, wie das positive Recht sich zu unserm Gegensatz verhalten kann: der Combination beider Principien, der ausschließlichen Herrschaft der Formlosigkeit und der ausschließlichen Herrschaft des Formalismus nur zwei historisch sich realisirt hätten, so würde ohne Zweifel Jeder auf die beiden ersten rathen und sicherlich ebensosehr darüber frappirt sein, der dritten Möglichkeit zu begegnen als

654) Daher bezeichnen die Römer das Princip der Formlosigkeit mit Recht als Princip des nackten Willens, nuda voluntas im Gegensatz zum rigor juris civilis z. B. Ulp. XXV, 1. L. 18 de leg. III (32).

Digitized by Google

darüber, der dritten nirgends zu begegnen. Es ergibt sich daraus die Lehre: mit der Formlosigkeit allein kann das Recht nicht bestehen, mit dem Formalismus wohl; dasselbe erträgt eher das äußerste Übermaß als den gänzlichen Mangel der Form.

Diese Hinneigung des Rechts zur Form läßt auf ein inneres Bedürfniß oder auf eine eigenthümliche den Zwecken des Rechts entsprechende Brauchbarkeit der Form schließen. So richtig dieser Schluß ist, so sehr muß ich doch dagegen warnen, den Grund des historischen Auftretens des Formalismus lediglich in seinen praktischen Vortheilen zu finden. Um die Irrigkeit dieser Ansicht darzuthun, wird es gerathen sein, bei der folgenden Untersuchung zwei Fragen streng von einander zu trennen: die von dem praktischen Werth des Formalismus und die von den Ursachen seiner historischen Erscheinung.

Praktischer Werth des Formalismus.

Wenn irgendwo das abstractphilosophische Urtheil über Dinge des Rechts Gefahr läuft fehl zu greifen, so möchte der Formalismus vor allem diese Gefahr in sich schließen.[654a]) Der Philosoph vom Fach, der von den eigenthümlichen technischen Interessen und Bedürfnissen des Rechts keine Vorstellung hat, kann in dem Formalismus nichts anderes erblicken als einen Ausfluß der sinnlichen Anschauungsweise, die Präponderanz eines rein äußerlichen Moments über das innere, eine positive Störung des Verhältnisses zwischen Form und Inhalt. Gerade ihm bei seinem auf das Innere der Dinge gerichteten Blick muß diese Überhebung der dürren, nackten Form, dieser ängstliche, pedantische Cultus des an sich völlig werth- und bedeutungslosen Zeichens, die Dürftigkeit und Kümmerlichkeit des das ganze Formenwesen beseelenden und in ihm sich breit machenden Geistes — gerade ihm also,

654a) Einen Beleg dazu s. bei Hegel Rechtsphilosophie § 217.

Digitized by Google

sage ich, muß dies ganze Wesen einen recht unerquicklichen und abstoßenden Eindruck machen. Und in der That, wir müssen zugestehen, dieser Bestandtheil unserer juristischen Technik hat für den Unkundigen durchaus nichts Achtung Erweckendes, und vielleicht ist hierin der Grund zu suchen, daß die Rechtsphilosophie von demselben bisher kaum Notiz genommen hat. Und doch handelt es sich dabei um eine Erscheinung, die, eben weil sie im innersten Wesen des Rechts begründet ist, sich im Recht aller Völker wiederholt und stets wiederholen wird.[654b])

Um sie richtig zu würdigen, muß man die allgemeine, soll ich sagen culturhistorische oder philosophische? mit der juristisch-praktischen Auffassung verbinden. Erstere wird in § 45[a], letztere hier ihren Platz finden. Wir werden zu dem Ende hier zunächst die in der Überschrift bezeichnete Frage von dem praktisch-juristischen Werth des Formalismus erörtern und zu dem Zweck die Vortheile und Nachtheile desselben gegen einander abwägen.

654b) Für diese Bemerkung hat die neuere Literatur seit dem Erscheinen der ersten Auflage zwei höchst beachtenswerthe Belege in Bezug auf den älteren deutschen und älteren französischen Prozeß gebracht, nämlich Siegel „die Gefahr vor Gericht und im Rechtsgange" (Sitzungsberichte der Wiener Akademie B. 51 S. 120 fl.) u. Brunner, Wort und Form im altfranzösischen Prozeß (daselbst B. 57 S. 655 fl.), beide auch in Separatabdrücken erschienen und beide nach Form und Inhalt gleich vorzüglich. Wie sehr das Urtheil der Juristen über die obige Erscheinung nicht selten in die Irre gegangen ist, zeigt das Beispiel von Heineccius, anerkannter Weise einem der gründlichsten und gewiegtesten Rechtshistoriker des vorigen Jahrhunderts. Derselbe führt in seinen Antiq. jur. Rom. III, 14 die Einführung der römischen Vertragsform auf den Eigennutz der Patricier zurück: »patricii quorum interat plebem litibus quam plurimis implicari, a naturali simplicitate (der Formlosigkeit) desciverant«! Auch noch in unserer Zeit hat man es für nöthig gehalten, den Ursprung der Formeln des ältesten römischen Prozesses der Religion (s. § 47) zu entlehnen, gleich als ob dem Recht die Form etwas Fremdes wäre, das erst von außen hätte importirt werden müssen! Angesichts solcher Verirrungen wird die Nothwendigkeit der folgenden Untersuchung keiner Rechtfertigung bedürfen.

Digitized by Google

1. Die Nachtheile der Form.

Ich beginne mit ihnen, weil sie sich der unbefangenen Auffassung zuerst und ungesucht aufdrängen, während die Vortheile erst des absichtlichen Suchens und — muß ich hinzusetzen — um sie zu finden, des juristischen Auges bedürfen. Es verhält sich mit dem Formalismus wie mit so manchen andern Einrichtungen — das Drückende derselben fühlt Jeder, das Wohlthätige Niemand, weil letzteres nur negativer Art ist, d. h. darin besteht, daß sie Übel abwenden. Ein einziger Fall, in dem die Übelstände der Form in eclatanter Weise an die Öffentlichkeit treten, wie wenn z. B. ein Testament wegen eines Formfehlers für nichtig erklärt wird, oder ein Prozeß wegen Versäumniß der Form verloren geht, macht mehr von sich reden als die tausende von Fällen, in denen der Verlauf der Sache ein normaler war, und die Form ihre wohlthätige Bestimmung erfüllte. Kein Wunder, daß das Urtheil des Unkundigen sich dem Formalismus so abgeneigt erweist.

Die Nachtheile der Form lassen sich auf zwei Eigenschaften zurückführen: ihre Gefährlichkeit und Unbequemlichkeit. Beide sind mit der Form als solcher unzertrennlich verbunden, wie verschieden dieselbe im übrigen auch gestaltet sein möge; der letztere Umstand übt lediglich einen graduellen Einfluß aus.

Die Gefährlichkeit der Form beruht auf der Möglichkeit und den nachtheiligen Folgen des Formfehlers. Die Form erhebt den Anspruch einer genauen Kenntniß ihrer selbst und belegt die Unkenntniß, Unachtsamkeit, Ungeschicklichkeit, den Leichtsinnn mit empfindlicher Strafe. Das materielle Recht verlangt diese Eigenschaften in ungleich geringerem Grade. Einen formlosen Contract abschließen kann Jemand, auch wenn er die Rechtsgrundsätze, die bei ihm zur Anwendung gelangen, nicht kennt, in den Worten sich vergreift; das Recht und der Richter kommen ihm zu Hülfe. Aber einen formellen Contract kann nur derjenige abschließen, der die Form kennt und zu handhaben ver-

Digitized by Google

steht, der etwaige Mangel derselben wird nicht supplirt. Darum ist die Lage eines Unkundigen oder Unvorsichtigen innerhalb eines formellen Rechts eine ungleich gefährdetere als innerhalb eines formlosen. Im verstärkten Maße gilt dies da, wo er einem Kundigen gegenüber steht, der sich seine Unkenntniß oder Arglosigkeit zu Nutze macht. Der ehrliche, aber geschäftsunkundige Mann ist gegenüber dem geriebenen und gewissenlosen Geschäftsmann in einem formellen Recht ungleich mehr im Nachtheil als in einem formlosen, denn wer die Form zu handhaben versteht, dreht dem Arglosen einen Strick daraus, und vorzugsweise für ein formelles Recht gilt der bekannte Ausspruch: jura vigilantibus scripta sunt.[655])

Die Momente, nach denen sich der Grad der Gefährlichkeit der Form bestimmt, liegen theils in, theils außer ihr. Von letzterer wird an späterer Stelle die Rede sein; ich beschränke mich hier auf erstere. Es sind ihrer drei: das quantitative, das morphologische und das principielle Moment, d. h. es sind maßgebend die Zahl der Formen, ihr äußerer Zuschnitt und der principielle Charakter der ihre Beobachtung anordnenden Bestimmungen.

Was die Bedeutung des quantitativen Moments für die Leichtigkeit der Handhabung der Form anbetrifft, so darf ich auf Früheres (S. 329) Bezug nehmen. Je kleiner die Zahl der Formen, je mehr einige wenige Grundformen durch das ganze Recht hindurch gehen, um so leichter die Kenntniß und Anwendung derselben, um so geringer die Gefährlichkeit ihres Gebrauchs.

Unter dem morphologischen Moment der Form verstehe ich das rein Äußerliche der Form, ihre Gestaltung, ihren Zuschnitt. Es ist hier einer großen Verschiedenheit Raum geboten. Die Form kann sein einfach, bequem, leicht zu handhaben — complicirt, unbequem, schwerfällig, ob sie lediglich eine

655) L. 24 i. f. quae in fraud. (42. 8).

Digitized by Google

Thätigkeit der Partei oder auch die Mitwirkung anderer Personen, z. B. der Obrigkeit, der Zeugen erfordert, ob sie im Sprechen, Schreiben, Handeln besteht, kurz die Elemente, aus denen die Form gebildet worden ist, und die Art, wie sie es ist. Einige Beispiele sollen den Einfluß dieses Moments veranschaulichen.

Vergleichen wir die Form des römischen Testaments mit der der Stipulation. Erstere war weit complicirter als letztere, eben darum aber für die Handhabung ungleich schwieriger und gefährlicher. Aus je mehr Stücken eine Form besteht, um so mehr Quellen von Formfehlern schließt sie in sich. Für die Stipulation war lediglich maßgebend das eine Stück derselben: die vorherige Frage des Gläubigers; die Antwort des Schuldners, mochte sie in wörtlicher Wiederholung der Form oder im bloßen spondeo bestehen, hatte keine Schwierigkeit. Die Testamentsform hingegen erforderte die Rogation der Zeugen, die familiae emtio, die nuncupatio, die Anwendung der richtigen Formeln für die einzelnen Bestimmungen, die richtige Reihenfolge der letzteren, die unitas actus. Ein unfähiger Zeuge unter sieben, ein Mißgriff in der Formel der Erbeseinsetzung, und das ganze Testament mit allen seinen Anordnungen war hinfällig. Bei der Stipulation genügte jede Art der Wortfassung, wenn sie nur die Form der Frage an sich trug, und nur für gewisse Zwecke bedurfte es eines bestimmten Schlagwortes (spondeo, fidejubeo, fidepromitto u. a.).

Ein anderes ganz instructives Beispiel gewährt der Vergleich des Legisactionenprozesses mit dem Formularprozeß. Ersterer war ungleich gefährlicher als letzterer, und gerade dieser Umstand soll, wie Gajus[656]) uns berichtet, seinen Untergang herbeigeführt haben. Auch im Formularprozeß blieb, wie es einmal im Wesen der Form begründet ist, ein Mißgriff in der Form nicht ohne nachtheilige Folgen, allein der Zuschnitt dieser Prozeßform machte die Gefahr eines Formfehlers ungleich geringer. Denn im ältern

656) Gaj. IV § 30.

Digitized by Google

Prozeß ward die Form gesprochen, im neueren geschrieben — man verspricht sich aber leichter, als man sich verschreibt. Und sodann fiel das Sprechen dort der Partei, das Schreiben hier dem Prätor zu — eine Verschiedenheit, deren Bedeutsamkeit für unsern Gesichtspunkt ich nicht weiter auszuführen brauche. Dann endlich waren die Formeln dort bis ins Kleinste hinein unabänderlich fixirt — auch das Auslassen oder Vertauschen eines völlig gleichgültigen Wortes enthielt einen Formfehler — hier hingegen waren sie elastisch, und nur die wirklich entscheidenden Worte gaben den Ausschlag.

Die Bedeutung des dritten obigen Moments: des principiellen, glaube ich dem Leser am leichtesten veranschaulichen zu können, indem ich ein Beispiel aus einem neuern Gesetzbuch mittheile. Die Bestimmungen des preußischen Landrechts über die schriftliche Abfassung der Verträge[657]) gewähren ein Muster dafür, wie derartige Bestimmungen nicht sein sollen. Das Gesetz erfordert diese Form bei allen Verträgen, deren Gegenstand über 50 Thaler beträgt, durchbricht jedoch die Regel nach zwei Seiten hin, denn einmal soll es in fünf Fällen der Form schlechthin nicht, andererseits aber umgekehrt in zwölf Fällen derselben selbst dann bedürfen, wenn das Object jene Summe nicht erreicht, welche Anordnung aber zum Theil wiederum verschiedene Modificationen und Restrictionen erleidet.[658]) Schon das bloße

657) Die Belege zu dem Folgenden s. bei Bornemann Erörterungen im Gebiet des preußischen Rechts Heft 1. Berlin 1855. S. 144 fl. Auch das englische Recht würde sich haben benutzen lassen, man sehe z. B. Gundermann, Engl. Privatrecht I S. 226, 227, 230, 240, 242, 270.

658) S. folgende Beispiele bei Bornemann S. 168: „Die Realverträge über bewegliche Sachen bedürfen keiner schriftlichen Form, wenn nur das Rechtsverhältniß, welches nach den Gesetzen durch das Hingeben der Sache begründet wird, eintreten soll; Verabredungen über Nebenverpflichtungen müssen dagegen schriftlich festgestellt werden." S. 151: „Verträge, wodurch Jemand zu fortdauernden oder auf unbestimmte Zeit versprochenen wiederkehrenden persönlichen Leistungen verpflichtet wird, bedürfen schlechthin der Form, jedoch sind ausgenommen die Miethverträge mit gemeinem Ge-

Digitized by Google

Behalten dieser Bestimmungen würde eine Gedächtnißanstrengung erfordern, die man kaum von einem Andern als dem Juristen erwarten kann, und ich würde unbedenklich dies Thema zu den schweißtreibenden Fragen des juristischen Examens zählen. Und dieses wüste Conglomerat zusammenhangs- und principloser Verordnungen soll der Bürger und Bauer zum jederzeitigen Gebrauch bei der Hand haben? Fürs Volk eine Regel, die nach der einen Seite ein Dutzend, nach der andern beinah ein halbes Dutzend Ausnahmen erleidet? Und nun gar die Schwierigkeiten, die mit der Anwendung dieser Bestimmungen verbunden sind. Man muß erst taxiren, ob die Sache über oder unter 50 Thaler werth ist, man muß wissen, ob die bei einem Realcontract beliebten Bestimmungen eine Abweichung von dem gesetzlichen Typus des Geschäfts enthalten oder nicht, was unter „Hausofficianten" zu verstehen ist (Gouvernante, Gesellschafterin, Inspector, Hausarzt?), was unter „gewagten Geschäften" u. s. w. Derartige Bestimmungen sind Fallstricke und Fußangeln, vom Gesetzgeber dem Verkehr gelegt, ungesunde Producte der Studierstube, die dem Volk ewig fremd bleiben werden. Denn ins Volk bringt nur, was aus dem Volk hätte hervorgehen können.

Es wird jetzt ein Leichtes sein, auf Grund dieser Exemplification den Begriff unseres dritten Moments zu bestimmen.

---

finde, bei welchem das Nehmen und Geben des Miethgeldes die Stelle des schriftlichen Vertrags vertritt. Dagegen müssen Miethverträge mit Hausofficianten immer schriftlich errichtet werden." S. 160: „7. Pachtverträge über Landgüter. Ist der Pachtvertrag bloß mündlich geschlossen, so gilt er nur auf ein Jahr. 9. Verlagsverträge. Ist der Vertrag nicht schriftlich errichtet, die Handschrift jedoch vom Schriftsteller abgeliefert worden, so gilt die mündliche Verabredung zwar in Ansehung des Honorars, in allen übrigen Stücken aber sind die Verhältnisse beider Theile lediglich nach den gesetzlichen Vorschriften zu beurtheilen." Siehe noch Fall 10 und 12 bei Bornemann S. 160, 161. Schenkungen endlich bedürfen noch einer besonderen Form, der gerichtlichen Abschließung. Ein solches völlig principloses Schwanken und Schaukeln zwischen Form und Formlosigkeit ist geeignet, das Gefühl des Schwindels und der Seekrankheit zu erregen.

Digitized by Google

Dasselbe betrifft die innere Gestaltung des Formenwesens, die Frage nämlich, inwieweit die Bestimmungen über die Nothwendigkeit der Form principieller oder casuistischer und sporadischer Natur sind, ob sie den Charakter der Einheit und Consequenz oder den der Zerrissenheit und Willkür an sich tragen. Die höchste Entfaltung dieses und zugleich des zweiten Moments und die innigste gemeinsame Durchdringung beider bethätigte sich im altrömischen Recht an der Harmonie oder ich will lieber sagen: dem Parallelismus der Formen und Begriffe, darin nämlich, daß die Form sich den innern Unterschieden des materiellen Rechts anschmiegte, so daß also die Verschiedenheit der Rechtsgeschäfte nicht bloß in der Verschiedenheit der Formen sich kund gab, sondern daß die innere Eigenthümlichkeit des oder der mit einer besondern Form ausgestatteten Rechtsgeschäfte in dem morphologischen Moment der Form sich abspiegelte und ausprägte. Es erhob sich hier das bloß stoffliche Element der Form zur Höhe einer juristischen Kunstschöpfung. Man vergleiche einmal die Form der Stipulation, der Mancipation, der Abtretung vor Gericht (in jure cessio) und des Testaments. Die Form der ersten war die der Frage (spondesne, dabisne u. s. w.). Eine Frage aber ist die Form der Beziehung, sie wird gerichtet an eine bestimmte Person, sie ist daher ganz angemessen für das relative Verhältniß der Obligation; die innere Nothwendigkeit einer gegenüber stehenden Person ist durch die Form selber äußerlich angedeutet. Die Form des zweiten und dritten Rechtsgeschäfts war die der Assertion, der Behauptung (Hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse ajo isque mihi emtus est hoc aere aeneaque libra, Gaj. I. 119. — hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse ajo, Gaj. II. 24); ebenfalls höchst bezeichnend. Denn die absolute Natur der in ihnen auftretenden Rechte findet in dem absoluten Charakter der Form ihren Ausdruck. Eine Behauptung ist unabhängig von der Beziehung zu einer bestimmten Person. Oder mit andern Worten: die Stipulation und die durch sie begründete Klage

Digitized by Google

war concipirt in personam, die Formel der beiden andern Rechtsgeschäfte und die auf sie sich stützende Klage in rem. Die Form des vierten Rechtsgeschäfts war die eines Befehls (heres esto, heredem esse jubeo, Gaj. II, 117. damnas esto, ibid. § 201, sumito, § 193, statt der letzteren auch do lego). Wiederum ganz treffend. Einmal in historischer Beziehung: als Reminiscenz an die ursprüngliche Gesetzesform der Testamente; sodann in dogmatischer Beziehung: als Ausdruck des in dem Testament sich verwirklichenden eigenthümlichen Rechts der Autonomie (wovon an anderer Stelle). Die Stipulation beschränkte ihre Wirkungen auf die handelnden Personen, die drei andern konnten dieselben möglicherweise auf andere ausdehnen. Auch dieser Unterschied erhielt seine morphologische Signatur; und zwar darin, daß dort die handelnden Personen für sich allein blieben, hier aber dritte Personen (Zeugen, Prätor) zugezogen wurden. Ein anderes Beispiel für die obige Behauptung gewährt die innere Ökonomie der Testamente (§ 47b).

Der zweite Übelstand der Form besteht in ihrer Unbequemlichkeit. Das bequeme Sichgehenlassen des Willens, wie die Formlosigkeit es verstattet, ist durch die Form unmöglich gemacht, denn es bedarf außer dem bloßen Wollen noch eines besonderen Ansatzes, eines eignen Aktes des Bewußtseins und der That, um der Form ein Genüge zu leisten. Dazu gesellt sich sodann ferner der hemmende Einfluß gewisser anderer Umstände. Der Stempel des Geschäftlichen, den die Form an der Stirn trägt, macht die vom Recht begehrte Anwendung derselben in manchen Lebenslagen äußerst schwer; die socialen Formen legen nicht selten gegen die juristische Form ein Veto ein. Wer könnte überall, wo eine Verabredung getroffen wird, mit der juristischen Form dareinfahren, wer sich jedes Anerbieten oder Versprechen schwarz auf weiß geben lassen?[659] Ein solches

659) Auf der billigen Erwägung dieses Umstandes beruhte vielleicht die Exemtion der Schenkung von der Stipulationsform im justinianischen

Digitized by Google

Verfahren würde nicht bloß in manchen Verhältnissen eine Verletzung aller Rücksichten des Anstandes und der Sitte, eine grobe Taktlosigkeit, sondern nicht selten durch das in ihr sich äußernde Mißtrauen eine schwere Beleidigung des andern Theils enthalten. In Wirklichkeit erreicht die Form hier den gerade entgegengesetzten Erfolg von dem, den sie bezweckt, denn anstatt die Sicherheit des Contrahirens zu erhöhen, schließt sie dieselbe gänzlich aus, verweist den Handelnden von dem festen Boden des Rechts auf den unsichern des persönlichen Vertrauens.

Das bisher Gesagte gilt für jede Form, wie immerhin sie auch beschaffen sei. Es ist aber begreiflich, daß gerade für die hier zur Betrachtung stehende Eigenschaft der Form die besondere Beschaffenheit derselben von entscheidendem Einfluß sein muß. Ich will dies an einigen Beispielen nachweisen.

Jede besondere Form hat ihre eigenthümlichen Inconvenienzen. Ist mündlicher Abschluß unter den Parteien vorgeschrieben, wie z. B. für die Stipulation und die meisten römischen Rechtsgeschäfte, so ist damit das Contrahiren unter Abwesenden abgeschnitten, man muß zu dem Zweck erst eine Reise machen oder Mittelspersonen benutzen, und der Strenge nach ist der Taube und Stumme von der Benutzung dieser Form ausgeschlossen, eine Consequenz, die das römische Recht in der That mit in den Kauf nahm.[659a]) Wird schriftliche Abfassung erfordert, wie durch das obige preußische Gesetz, so ist umgekehrt vielfach das Contrahiren unter Anwesenden erschwert, denn wer führt, wie Shylok, überall Papier, Dinte und Feder im

Recht, die sonst auf den ersten Blick etwas Befremdendes hat. Die Offerte eines Contractes rechtfertigt eine geschäftsmäßige Behandlung derselben von der andern Seite, nicht so aber das Versprechen einer Schenkung. Hängt hiermit auch die dotis dictio des älteren Rechts zusammen? Schwerlich, aber meiner Ansicht nach entschieden die Formlosigkeit der promissio dotis im neueren Recht, die man ohne Grund und ohne Noth zu einer pollicitatio erhoben hat.

659a) Ulp. XX. 13 (Testament) L. 1 pr. de V. O. (45. 1) (Stipulation) L. 1 pr. § 2, 3 de tut. (26. 1) (Tutoris auctoritas).

Digitized by Google

Gürtel mit sich? Der preußische Gesetzgeber verlegt das Contrahiren von dem Markt und der Straße auf die Stube und an den Schreibtisch, das römische Recht umgekehrt von letzterem auf jene — beides für sie und ihre Zeit gleich charakteristisch. Ist Errichtung vor Zeugen, vor Gericht oder vor dem Notar vorgeschrieben, so muß man, um zu contrahiren, erst Zeugen suchen, sich vor Gericht oder zum Notar verfügen. Wie nun, wenn die Zeugen nicht zu haben sind, wie z. B. in einsamer Gegend oder bei einer herrschenden Epidemie die 7 Testamentszeugen? [660]) Wie, wenn die Gerichtsstätte weit entfernt, [661]) oder die Umstände zum sofortigen Abschluß drängen, und Richter und Notar nicht sofort zu haben sind, oder der Vertrag die Kosten nicht trägt? Man sieht, daß jede Form, wie sie auch sei, ihre eigenthümlichen Nachtheile hat, durch die sich der Verkehr mehr oder minder beengt fühlen muß.

Die unvermeidliche Folge davon ist, daß er sich in dringlichen Fällen der Form entschlägt, ein *unförmliches* oder *formwidriges* (d. h. im Gegensatz zum *formlosen* als dem der Form nicht bedürftigen: ein der Form an sich bedürftiges, aber ihrer ermangelndes) Rechtsgeschäft abschließt. Eine *rechtliche* Wirkung hat dasselbe nicht, seine Wirkung ist ausschließlich auf den guten Willen des Verpflichteten, auf seine Scheu vor der öffentlichen Meinung, seine Gewissenhaftigkeit, Redlichkeit, Zuverlässigkeit, kurz auf die *bona fides* gestellt. Die Flucht des

660) Hierauf beruhen zwei Formen der erleichterten Testamentserrichtung: das testamentum ruri und tempore pestis conditum. Die Gestalt des Soldatentestaments hängt nur zum Theil damit zusammen, wohl aber das Aufkommen und die Zulassung der Fideicommisse.

661) Hierin lag eine der Ursachen der unförmlichen Rechtsgeschäfte der Römer in Fällen, in denen es der in jure cessio d. h. für Entfernte einer Reise nach Rom bedurfte, z. B. der unförmlichen Freilassung. Die beschränkte Anerkennung, die der Prätor der letzteren gewährte, war nur eine billige Berücksichtigung der in der Form gelegenen Inconvenienz, ähnlich wie in Anm. 659 und 660. Daß noch andere Motive mitwirkten, werden wir im dritten System zeigen.

Digitized by Google

Verkehrs vor der lästigen Form wiederholt sich überall, womit ich nicht die bloß ausnahmsweise unterlassene Beachtung, sondern die zur Regel und zur Gewohnheit des Verkehrs gewordene Nichtbeachtung der Form meine. So in Rom, wie seiner Zeit ausgeführt werden soll, so auch in unserm heutigen Verkehr, z. B. in den Ländern des preußischen Rechts.[662]) Das System der Verträge der bona fides im altrömischen Sinn, d. h. des lediglich auf Treu und Glauben basirten Verkehrs ist ein Product und Complement des Formalismus.

So wiederholt sich also hier der bereits oben constatirte Widerspruch der Form mit sich selbst und ihrem eignen Zweck. Bestimmt, dem Verkehr einen höhern Grad der Sicherheit zu gewähren, veranlaßt sie ihn umgekehrt, auf alle und jede rechtliche Sicherheit Verzicht zu leisten, eine bequeme Unsicherheit einer unbequemen Sicherheit vorzuziehen. Man könnte es als eine Selbstanklage des Formalismus, als das Eingeständniß seiner mangelnden absoluten Durchführbarkeit bezeichnen.

Die beiden genannten Eigenschaften der Gefährlichkeit und Unbequemlichkeit sind solche, die man meiner Ansicht nach mit Recht dem Formalismus zum Vorwurf machen kann. Nicht so verhält es sich mit einem Vorwurf anderer Art. Er betrifft die ethische Seite desselben. Derselbe ist zwar meines Wissens noch von Niemanden bestimmt formulirt und ausgeführt — seine Ausführung würde zugleich seine Widerlegung gewesen sein — allein die ihm zu Grunde liegende Vorstellung hat sich doch in manchen Spuren und Anklängen vielfach geäußert, und für unklare Köpfe besitzt sie einen gewissen Reiz und Schein. Sie ist namentlich befördert und unterstützt durch eine historische Annahme, die nicht minder irrig ist als sie selber, nämlich daß das germanische Recht von jeher dem Grundsatz der Formlosigkeit der Verträge gehuldigt

662) So weiß ich z. B. aus meinem Vaterlande Ostfriesland, in dem das preußische Landrecht gilt, daß der ganze Marktverkehr beim Getreide-, Butter-, Viehhandel sich über das Erforderniß der schriftlichen Abfassung der Verträge hinwegsetzt.

Digitized by Google

habe.[663]) Wenn man dafür früher wohl das Sprüchwort: ein Mann ein Wort in Bezug genommen, so haben neuere Untersuchungen[664]) nachgewiesen, daß dasselbe mit der Frage von der bindenden Kraft formloser Verträge gar nichts gemein hatte, sich vielmehr lediglich auf den Prozeß bezog und für ihn den Grundsatz aufstellte, daß die Partei an ihre Behauptungen und Zugeständnisse vor Gericht gebunden war.

Hören wir die ethische Anklage des Formalismus. Welche Mißachtung des sittlichen Gefühls von Seiten des Rechts, das gegebene Wort wegen des geringsten Formfehlers für unverbindlich zu erklären, den schreiendsten Mißbrauch des Vertrauens, ich sage nicht einmal ungestraft, sondern selbst ungerügt zu lassen, der Schlechtigkeit und dem Betruge mittelst der Form einen sichern Schlupfwinkel zu erschließen! Welchen verderblichen Ein-

---

663) Der Versuch von Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts, diese Behauptung zu beweisen, hat mich nicht überzeugt, s. dagegen Siegel Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens, B. 1 S. 39 fl. Derselbe unterscheidet zwischen läugenbaren und unläugenbaren Schulden. Der Anspruch aus einem formlosen Vertrag konnte durch den bloßen Eid des Beklagten beseitigt werden, zur vollen Wirkung des Vertrags d. h. damit die Schuld eine unläugenbare sei, verlangt auch das germanische Recht eine Form. Der Gegensatz erinnert an den römischen des Legats und des fideicommissum heredi praesenti injunctum. C. A. Schmidt in seiner schwachen Schrift: Der prinzip. Unterschied zwischen dem röm. und german. Recht, Rostock 1853, ist so glücklich, auch an diesem Punkt wie in so manchen sein Ideal von Sittlichkeit im deutschen Recht verwirklicht zu finden. „Das germanische Vertragsrecht", sagt er S. 251, „ist ganz einfach auf die Vorschrift des Sittengesetzes gegründet, daß Verträge gehalten werden müssen." Anders dachte der alte Möser (S. Anm. 666) darüber, und sein Urtheil wiegt um so schwerer, als er eine durch und durch praktische und kernhaft deutsche Natur war. „Der Narr", sagte er in nicht sehr höflicher Weise, „der zuerst das Sprichwort: ein Mann ein Mann, ein Wort ein Wort so ausgelegt hat, daß ein ehrlicher Mann sein erstes Wort nicht widerrufen könne, hat mehr Unglück angestiftet als man glauben sollte."

664) Siegel, die Erholung und Wandlung im gerichtlichen Verfahren (Sitzungsberichte der Wiener Akademie B. 42 S. 201 fl.; auch als Separatabdruck erschienen, Wien 1863).

Digitized by Google

fluß muß der tägliche Anblick dieses Schauspiels auf das Rechtsgefühl des Volks ausüben. Die Stimme desselben zum Schweigen bringen, heißt es nicht: dasselbe abtödten? Die Form als das allein Entscheidende hinstellen, heißt es nicht: das Fundament des Verkehrs, die Treue, untergraben?

Was ist darauf zu antworten? Zunächst und vor allem, daß diese ganze Anklage von einer totalen Verkennung der eigenthümlichen Aufgabe des Rechts gegenüber der der Moral zeugen würde — ein Fehler, der freilich häufiger (und nicht bloß bei dieser Frage) begangen wird, als man es erwarten sollte, den es aber hier nicht der Ort ist principiell zu widerlegen. Oder soll das Recht etwa jede moralische Verpflichtung zugleich zur rechtlichen erheben? Nun wohlan: höher als das Wort steht doch jedenfalls der Eid, und dieselben ethischen Gründe, aus denen man vom Gesetzgeber begehren könnte, daß er das formlose Versprechen für erzwingbar erkläre, würden noch in verstärktem Maße für das eidliche Versprechen in die Wagschale geworfen werden können. Das kanonische Recht hat denn in der That auch die Erzwingbarkeit desselben festgesetzt, aber eben damit in lehrreicher Weise gezeigt, wohin es führt, wenn der Gesetzgeber moralische Anforderungen zu rechtlichen erhebt. Durch jene Bestimmung nämlich ward der Eid zu einem Mittel, um die heilsamsten Bestimmungen des Rechts zu vereiteln. Alle Schutzmaßregeln, die das Recht für das Subject getroffen hatte, ließen sich mittelst des Eides beseitigen (z. B. das Verbot des Zinswuchers, die Berufung auf Zwang, Betrug, das SC. Macedonianum, Vellejanum), und hätte nicht das kanonische Recht eine Art von Taschenspielerkunststück angewandt, indem es bei erzwungenen, wucherischen u. a. Contracten zuerst den Schuldner zur Erfüllung, sodann aber den Gläubiger zur sofortigen Rückgabe des Erhaltenen zwang, der Erfolg der ganzen Bestimmung wäre vorzugsweise Wucherern und Betrügern zu Gute gekommen. Unsere Partikulargesetzgebungen in Deutschland haben jene Bestimmung nach und nach fast überall aufgehoben; hat dadurch der sittliche Geist im Volk

Digitized by Google

Schaden gelitten? Gerade bei denjenigen Verhältnissen, die der Gesetzgeber sich selber überläßt, äußert sich regelmäßig das sittliche Gefühl des Volks am empfindlichsten, gleich als müßte es sich ihrer bei ihrer rechtlichen Hülf- und Schutzlosigkeit in verdoppeltem Maße annehmen.[664a])

Ich muß sodann noch auf eine andere Seite des Verhältnisses aufmerksam machen. Enthielt es schlechthin eine Unredlichkeit, wenn ein Römer ein von ihm in unförmlicher Weise abgeschlossenes Geschäft (z. B. Tradition einer res mancipi, Versprechen ohne Stipulationsform) nicht als verbindlich anerkannte? Man geht dabei unwillkürlich von der Supposition aus, daß es in seiner Absicht gelegen habe, sich wirklich juristisch zu binden, und daß nur aus Nachlässigkeit die erforderliche Form verabsäumt worden sei. Allein es war auch der entgegengesetzte Fall möglich, daß nämlich die Unterlassung der Form in der Absicht ihren Grund hatte, sich juristisch nicht binden zu wollen, und ich glaube, es ist keine zu kühne Annahme, wenn man für die ältere Zeit gerade diesen Fall als die Regel, den andern aber als Ausnahme setzt. Wenn die Anwendung einer einem jeden Römer so geläufigen Form, wie der Stipulation, Mancipation u. s. w., unter Verhältnissen unterblieb, die derselben kein Hinderniß entgegensetzten, so hieß dies nichts anders, als daß nach *übereinstimmender Absicht der Parteien* die Vereinbarung keinerlei rechtliche Wirkung haben, es vielmehr in das Belieben der Partei gestellt sein sollte, davon abzugehen. Was *wir* erst durch eine ausdrückliche Verwahrung erreichen müssen, lag dort bereits stillschweigend in der Nichtanwendung der Form. Tradition einer res mancipi bedeutete für den römischen Verkehr, was im heutigen Recht der Vorbehalt des Eigenthums (das sogenannte pactum reservati dominii), die unförmliche Freilassung eines Sklaven war so viel als Ertheilung des faktischen Genusses der Freiheit

664a) Einen Beleg dafür wird uns der Verlauf der Darstellung (B. 3 Abth. 2) an den klaglosen Verhältnissen des älteren Rechts bringen.

Digitized by Google

mit Vorbehalt des Widerrufs: Freiheit auf Probe, unter der Bedingung des Wohlverhaltens. Kurz bei den Römern stand das pactum auf einer Linie mit unseren heutigen Tractaten, man wollte zunächst noch keine bindende Vereinbarung. Die Urgirung des Mangels der Form enthielt in allen diesen Fällen keine Treulosigkeit, sondern die Geltendmachung des Gewollten.

2. Vortheile der Form.

Wir haben bei der Darstellung derselben zwei besondere Gestaltungen genau von einander zu unterscheiden, nämlich diejenigen Vortheile, die in der Form als solcher gelegen sind, sich mithin bei allen formellen Geschäften wiederholen (allgemeine), und diejenigen, die auf der besonderen Eigenthümlichkeit dieser bestimmten einzelnen Form beruhen (besondere Vortheile).

Die Entscheidung eines Rechtsstreites besteht in der Anwendung des abstracten Rechts auf das concrete Verhältniß. Die Schwierigkeiten derselben können entweder in dem abstracten Recht gelegen sein, darin nämlich, daß die Bestimmungen desselben, die zur Anwendung kommen, an Unklarheit, Unbestimmtheit leiden u. s. w. — dagegen bietet die Form der Rechtsgeschäfte keine Hülfe — oder in dem concreten Verhältniß, sei es in der Zweifelhaftigkeit des rein factischen Vorganges (Beweisfrage), sei es in der Unbestimmtheit seines juristischen Charakters (Subsumtion, Diagnose) — ihnen zu begegnen ist die Form im Stande. Und zwar bewährt sich der allgemeine Nutzen der Form an denen der zweiten Art d. h. in Bezug auf die äußere Klarstellung ihres juristischen Charakters, während sie denen der ersten Art, der Beweisfrage zwar vorbeugen kann, wenn sie nämlich darnach eingerichtet ist (Errichtung des Geschäfts vor der Obrigkeit, Zeugen u. s. w.); dieser Vortheil gehört also zur Classe der besonderen.[1]

Jene Schwierigkeiten sind in den meisten Fällen durch die Partei selber verschuldet; die objective Zweifelhaftigkeit, Unklar-

Digitized by Google

heit des Rechtsgeschäftes ist regelmäßig nur die Folge der subjectiven Unklarheit, sei es des Denkens, des Wollens oder des Sprechens. Der Handelnde wollte z. B. dem Gegner nur den Gebrauch einer Servitut (precaria juris possessio) einräumen, aber er hat sich so ausgedrückt, als wolle er ihm die Servitut selbst gewähren, oder er war sich dieses rechtlichen Unterschiedes und der Nothwendigkeit der Entscheidung für die eine oder andere Möglichkeit gar nicht bewußt, sein Wille oscillirte, so zu sagen, in aller Unbefangenheit zwischen beiden in der Mitte.

Diese subjective Unklarheit und mit ihr eine der reichsten Quellen der Prozesse völlig auszuschließen, liegt außerhalb der Macht des Rechts. Aber viel, sehr viel kann immerhin zu diesem Zweck geschehen, theils durch freie Thätigkeit des Verkehrs (Benutzung stehender Formulare, Zuziehung von Juristen) theils durch das Recht. Das Mittel, das ihm dies ermöglicht, ist der Formalismus.[664b])

Die Form ist für die Rechtsgeschäfte, was das Gepräge für die Münzen. Wie das Gepräge uns die Prüfung des Metallgehaltes und des Gewichtes, kurz des Werthes der Münze erspart, eine Prüfung, der wir bei ungeprägtem Metall, wenn es zur Zahlung verwandt werden sollte, uns nicht entziehen könnten, so überhebt die Form den Richter der Mühe der Untersuchung, ob ein Rechtsgeschäft beabsichtigt ist, und wenn für verschiedene Rechtsgeschäfte verschiedene Formen festgesetzt sind, auch der Untersuchung, welches beabsichtigt ist. Im

664b) Der praktische Sinn hat dies zu allen Zeiten und bei allen Völkern richtig herausgefühlt, so z. B. beim Volke Israel, Michaelis Mosaisches Recht II § 81 (Verkauf, Tausch, Schenkung im Thor, auch wohl durch Ausziehung des Schuhs), bei den Türken, von Tornauw, Moslemitisches Recht S. 67 »Sigheh, die mündliche Verbindlichkeitserklärung, besteht in gewissen für jeden Vertrag besonders festgesetzten Ausdrücken und wird bei der definitiven Übereinkunft und Abschließung des Vertrags ausgesprochen. Mit der Erklärung der Sigheh ist die mündliche Verhandlung bei Eingehung der Verträge abgeschlossen"; specielle Beispiele dafür S. 87 daselbst (Kauf), S. 105 (Darlehn).

Digitized by Google

System der Formlosigkeit können beide Fragen mit den größten Schwierigkeiten verknüpft sein. Die erstere. So sehr im Begriff das Rechtsgeschäft von den vorbereitenden Handlungen, das wirkliche Sichbinden des Willens von der bloßen Ankündigung der vorhandenen Geneigtheit zum Binden sich abhebt, so sehr vermischen sich doch nicht selten die Gränzen beider in dem concreten Fall. „Ich will Dir legiren, verkaufen, schenken" kann heißen: 1. ich thue es hiermit, oder 2. ich mache mich verbindlich es demnächst zu thun, oder 3. ich habe die Absicht, wovon ich Dich hiermit in Kenntniß setze, aber in nicht anderer Weise und mit nicht anderer Wirkung, als von irgend einem anderen Gedanken, der in meiner Seele auftaucht, d. h. ich werde es thun, und Du magst es wissen, aber ich will nicht gebunden sein. Angenommen nun, daß letztwillige Verfügungen keiner Formen bedürften: welche endlose Streitigkeiten würden über den Sinn derartiger im Leben durchaus nicht seltener Mittheilungen heraufbeschworen werden. Im System des Formalismus ist die Äußerung der Absicht des Wollens durchaus ungefährlich, sie läuft nie Gefahr mit dem Wollen verwechselt zu werden, im System der Formlosigkeit hingegen droht stets die Gefahr, die Absicht für den Willen, den Willen für die bloße Absicht zu nehmen.

So dient also die Form als Stempel des fertigen juristischen Willens.[665]) Aber wie sie das Juristische vom Nichtjuristischen unterscheidet, so kann sie auch ersteres in sich wiederum abscheiden, d. h. den Gegensatz zwischen den verschiedenen rechtlichen Geschäften signalisiren. Ich will dies an dem obigen Beispiel der

665) Savigny System III. S. 238: „Ein Entschluß", sagt er, „über wichtige Dinge kommt selten mit einem Mal zur Reife; es pflegt ihm ein Zustand der Unentschiedenheit vorauszugehen, worin die Übergänge allmählig und unmerklich sind, und dessen Unterscheidung von dem vollendeten Wollen eben so schwierig sein kann, als sie für den später urtheilenden Richter unentbehrlich ist. Hier dient nun die Form als untrügliches Kennzeichen des reifen Entschlusses."

Digitized by Google

Servitut nachweisen. Die dem Richter vorgelegten Verhandlungen zwischen zwei Parteien über die angebliche Bestellung einer Servitut können ihn zwischen vier verschiedenen Annahmen schwanken lassen: 1. die Servitut ist bestellt (Dingliches Rechtsgeschäft), 2. sie ist bloß versprochen (Obligation), 3. es ist bloß die widerrufliche factische Ausübung der Servitut eingeräumt (Precarium), 4. es ist bloß die Absicht, die Geneigtheit zur demnächstigen Einräumung derselben ausgesprochen. Für den römischen Richter bot die Frage kaum eine Schwierigkeit, denn für den ersten Zweck bedurfte es der Mancipation oder der gerichtlichen Bestellung (in jure cessio), für den zweiten der Stipulation. Fehlte es an jeder Form, so konnte mithin nur der dritte oder vierte Fall vorliegen. Für die beiden letzten Fälle aber war der Mangel eines äußern Unterscheidungsmerkmals völlig gleichgültig, denn in beiden Fällen war alles auf den guten Willen des Concedenten gestellt, der Gegner hatte keine Klage, der Richter mußte ihn also mit letzterer hier wie dort abweisen. Für unseren heutigen Richter kann unter Umständen die Frage, ob eine im Testament bedachte Person nach Absicht des Erblassers Legatar oder Erbe sein soll, große Schwierigkeiten haben, für den römischen Richter waren dieselben durch die verschiedene Form der Erbeseinsetzung und der Legate völlig ausgeschlossen. [665a])

Der Nutzen der Form besteht also dem bisherigen nach in der Erleichterung und Sicherung der Diagnose — ein Gewinn, der scheinbar nur dem Richter, in der That aber auch der Partei und dem Verkehr zu gute kommt. Denn gleichwie unter der Schwierigkeit und Unsicherheit der pathologischen Diagnose weniger der Arzt als der Patient, so leidet unter der juristischen weniger der Richter als die Partei. Jene Erleichterung für

---

665a) Ein anderes Beispiel aus dem heutigen Recht gewährt der Mangel eines formellen Unterscheidungsmerkmals zwischen dem Erbvertrag und dem wechselseitigen Testament.

Digitized by Google

den Richter aber muß der Verkehr mit einem Opfer von seiner Seite erkaufen, die Mühe und Arbeit des Richters und der Parteien stehen im entgegengesetzten Verhältniß. Im Formalismus hat es der Richter bequem, die Partei unbequem, im System der Formlosigkeit umgekehrt die Partei bequem, der Richter unbequem.

Zu diesem ersten allgemeinen Vortheil der Form gesellt sich ein zweiter hinzu, der sich in der Person der Partei wirksam erweist. „Für das Gedeihen des Rechtsverkehrs", sagt Savigny,[666] „ist es wünschenswerth, daß Verträge nicht übereilt, sondern in besonnener Überlegung der daraus entspringenden Folgen geschlossen werden. Die Natur des formellen Vertrags (wie der römischen Stipulation) führt dahin, die besonnene Überlegung zu wecken, also jenen wünschenswerthen Zustand zu befördern." Bei solchen Formen, die mit einem gewissen Aufschube verbunden sind, wie z. B. gerichtliche Errichtung oder Insinuation ist dies unzweifelhaft richtig, für die Stipulation könnte man geneigt sein es zu bestreiten, weil der mit ihr verknüpfte Aufenthalt viel zu kurz war, um einer Partei, die in Aufregung oder Übereilung etwas versprochen hatte, Zeit zu lassen sich zu beruhigen und zu besinnen; eine Stipulation erforderte kaum eine Minute. Allein es würde verkehrt sein, jenen heilsamen Einfluß der Form lediglich in dem durch sie veranlaßten Aufschub finden zu wollen. Er liegt vielmehr in ihr selbst, in der Vorstellung des Geschäftlichen, rechtlich Gebundenen u. s. w., die sich mit ihr verknüpft, darin, daß sie diejenige Stimmung in dem Handelnden hervorruft, in der sich jeder beim Abschluß eines Rechtsgeschäfts befinden soll, die geschäftsmäßige. Für das römische Ohr war das kleine Wörtchen spondesne, sobald es im Lauf des Gesprächs ertönte, die Kundgebung, daß die Unterhaltung, welche bis dahin einen

666) Obl. Recht II. S. 219. Diesen Gesichtspunkt hatte bereits Möser patriot. Phantas. Bd. 2 XXIV (Berlin 1778) S. 121 fl. in seiner launigen, aber höchst treffenden Weise hervorgehoben.

Digitized by Google

unjuriſtiſchen, freundſchaftlichen Charakter an ſich getragen hatte, einen geſchäftsmäßigen Charakter annehmen ſolle, ſie war das Signal für einen Akt von rechtlicher Natur und Bedeutung. Wer im Fluß der Rede Zuſicherungen ertheilt hatte, mußte ſtutzig werden, ſowie der Gegner ihn beim Wort nahm und die Sache rechtlich feſt machen wollte (denn dies war die Bedeutung des römiſchen stipulari). Mit dem spondesne? trat an ihn die Nöthigung heran, ſich über die Natur ſeiner Äußerungen, Zuſicherungen klar zu werden, ſich den Inhalt, die Tragweite und die Folgen der ihm zugemutheten Stipulation zu vergegenwärtigen. Jenes Wörtchen hatte alſo den unſchätzbaren Werth ein Wecker des juriſtiſchen Bewußtſeins zu ſein. Wie manche Zuſicherungen, Verſprechungen u. ſ. w. werden heutzutage ertheilt, bei denen der Redende, ſo ernſtlich er auch geſonnen iſt, ſie zu halten, ſich doch die Möglichkeit einer demnächſtigen zwangsweiſen Geltendmachung derſelben von Seiten des Gegners gar nicht vergegenwärtigt, und bei denen, träte ihm die Hinweiſung darauf durch das Anſinnen einer formellen Beſtärkung derſelben ſofort entgegen, er die Übernahme einer rechtlichen Haftung entſchieden verweigern würde. Erſt die Klage bringt ihn zum Nachdenken, und die Entſcheidung einer Frage, die, rechtzeitig aufgeworfen, ihn ein einziges Wort gekoſtet hätte, wird Gegenſtand eines unerquicklichen, langwierigen und oft höchſt zweifelhaften Streites. Schließt der Formalismus die Gefahr in ſich, daß Jemand, der wirklich die Abſicht hatte, ſich juriſtiſch zu binden, wegen eines Formfehlers freigeſprochen wird, ſo birgt das Syſtem der Formloſigkeit die entgegengeſetzte in ſich, daß nämlich Jemand, der nicht dieſe Abſicht hatte, wider ſeinen wahren Willen zur Haftung herangezogen wird; welche Gefahr die bedenklichere iſt, wird nicht Gegenſtand eines Zweifels ſein.

Ich wende mich jetzt den beſonderen Vortheilen der Form zu. Ich verſtehe darunter, wie oben bemerkt, diejenige, die auf einer eigenthümlichen Geſtaltung der Form (z. B. der Schriftlichkeit, Öffentlichkeit) beruhen. Bei einer Einführung der Form

Digitized by Google

auf legislativem Wege (wie z. B. im späteren römischen Recht bei der der instrumenta publica vel quasi publica, und der Insinuation, im preußischen Recht bei der der schriftlichen Aufzeichnung der Verträge) bilden vorzugsweise sie das Ziel, welches der Gesetzgeber im Auge hat, und das ihn veranlaßt, der Form gerade diesen bestimmten Zuschnitt zu geben. Ich will die gangbareren Formen in dieser Rücksicht einer Prüfung und Vergleichung unterwerfen.

Es ist ein Vorzug der schriftlichen Aufzeichnung des Rechtsgeschäfts vor der mündlichen Errichtung, daß sie den demnächstigen Beweis desselben sichert. Die Zuziehung von Zeugen gewährt einen ähnlichen Nutzen, aber die Fixirung des Rechtsgeschäfts in der Erinnerung der Person ist zunächst eine minder sichere und genaue als die durch die Schrift, denn das Gedächtniß behält gewöhnlich nur den Sinn, nicht die Wortfassung, und doch kann gerade letztere unter Umständen von höchster Wichtigkeit werden. Jene Fixirung ist aber ferner eine minder dauerhafte, denn sie ist abhängig von dem Erinnerungsvermögen und dem Leben der Zeugen; bei solchen Rechtsgeschäften, die eine Menge detaillirter, schwer zu behaltender Bestimmungen, Zahlen u. s. w. enthalten, wie z. B. nicht selten die Testamente, ist sie überall völlig ungeeignet. Einen andern folgenreichen Differenzpunkt zwischen beiden Formen bietet der Umstand dar, daß die eine die völlige Geheimhaltung des Rechtsgeschäfts möglich macht, die andere eine Mittheilung desselben an die Zeugen erfordert; ersteres wird mehr dem Interesse der Partei, letzteres mehr dem dritter Personen und des Verkehrs entsprechen.[667]) Beide Formen lassen sich übrigens auch verbinden, wie z. B. in unserer heutigen Form der Errichtung vor Notar und Zeugen. Eine eigenthümliche Combination derselben enthielt das schriftliche Privattestament des römischen Rechts, insofern es dem Testator

667) Einen hierauf bezüglichen Gesichtspunkt in Betreff der mündlichen Errichtung des Testaments habe ich S. 148 hervorgehoben.

Digitized by Google

verstattete, den Zeugen den Inhalt des Testaments vorzuenthalten. Die höchste Steigerung der schriftlichen Form besteht in der amtlichen Aufzeichnung (die römische Insinuation, die moderne Eintragung in die Flur-, Lager-, Hypothekenbücher, Handelsregister, Aufnahme zu Protokoll), die höchste Steigerung des Zeugnisses in dem amtlichen Zeugniß (testam. in comitiis calatis, judici oblatum, in jure cessio).

Die allgemeinen Vortheile der Form beschränken sich auf diejenigen Personen, welche in unmittelbare Berührung mit dem Rechtsgeschäft treten; die Parteien und den Richter, die besondern erstrecken ihre Wirkungen ungleich weiter. Hervorhebung verdient in dieser Beziehung namentlich die Öffentlichkeit der Form, welche das Rechtsgeschäft zur allgemeinen Kunde bringt. Durch sie erhielten in Rom z. B. die Gläubiger eines Schuldners, der sich arrogiren lassen wollte, Gelegenheit, rechtzeitig ihre Ansprüche geltend zu machen,[667a]) und erst als Arrogationen nicht mehr vor der Volksversammlung vorgenommen wurden, und damit dieses in der Form gelegene Sicherungsmittel hinweggefallen war, bedurfte es für die Gläubiger eines eigenen selbständigen Schutzmittels (der in integrum restitutio propter capitis deminutionem). Einen ähnlichen Dienst leistete die alte Form der Testamentserrichtung vor versammelter Gemeinde (testamentum in comitiis calatis) den Verwandten des Testators.[668]) Auch wer die von mir früher (I. S. 145) aufgestellte Hypothese nicht theilt, daß das Volk in gleicher Weise wie über die Gesetze auch über die Testamente abgestimmt und mithin das Recht gehabt habe, unbillige, lieblose Testamente (inofficiosa) zu verwerfen, wird mir wenigstens darin beistimmen, daß die Publication

667a) Bei der griechischen Annahme an Kindes Statt bestand dafür die Form, daß Jeder, der Einsprache erheben wollte, das Opferthier wegführte, damit ward die Sache in den Weg Rechtens geleitet.

668) Aus heutiger Zeit nenne ich das öffentliche Aufgebot bei der Eingehung der Ehe. — Daß auch fiscalische, polizeiliche, statistische u. s. w. kurz staatliche Zwecke durch die Form verfolgt werden können, liegt auf der Hand.

Digitized by Google

des letzten Willens vor dem gesammten Volk factisch eine gewisse Garantie gegen einen schnöden Mißbrauch der Testirfreiheit gewährte. Denn sie setzte ihren Urheber noch bei seinen Lebzeiten der Kritik des öffentlichen Urtheils und dem Groll und der Verfolgung der in ihren Erwartungen getäuschten Verwandten aus. Als die heimliche Form der Testamente aufkam, und damit dieses Correctiv gegen jene Gefahr hinwegfiel, mußte der Ausfall durch Rechtsbestimmungen materieller Art gedeckt werden, und diesem Zweck verdankte die querela inofficiosi ihre Entstehung. So ersetzt die Form nicht selten materielle Rechtssätze — durchgreifende Veränderungen in der Form werden immer eine Veränderung des materiellen Rechts zur Folge haben.

3. Das Verhältniß zwischen den Vortheilen und Nachtheilen.

Mit dem im bisherigen versuchten Nachweis der Vortheile und Nachtheile des Formalismus ist die oben von uns aufgeworfene Frage von dem praktischen Werth des Formalismus wenn auch ihrer Beantwortung näher geführt, so doch noch keineswegs beantwortet. Zu diesem Zweck ist vielmehr die Untersuchung speciell darauf zu richten, welche von ihnen beiden überwiegen.

Wie die Vortheilhaftigkeit eines abgeschlossenen Kaufes sich nicht darnach bestimmt, welchen Werth der gekaufte Gegenstand hat, sondern darnach, in welchem Verhältniß der Werth der Sache und der Preis zu einander stehen, so läßt auch der praktische Werth einer Einrichtung sich nicht einseitig nach ihren vortheilhaften Wirkungen, sondern nur darnach bemessen, wie hoch der Preis ist, um den sie erkauft werden muß, d. h. welche nachtheiligen Wirkungen neben den vortheilhaften mit in den Kauf genommen werden müssen. Und die vortheilhaften und nachtheiligen Wirkungen treten nicht überall in gleicher Weise hervor, bilden keine constante, sondern eine variable Größe, so daß also der Werth von Rechtseinrichtungen sich nie abstract, absolut, sondern relativ, mit Rück-

Digitized by Google

ſicht auf die Vorausſetzungen beſtimmen läßt, welche ſie vorfinden. So auch mit dem Formalismus.

Unſer heutiges Recht hat für Contracte im allgemeinen den Grundſatz der Formloſigkeit adoptirt, den Wechſelvertrag dagegen dem Geſetz der äußerſten formellen Strenge unterſtellt. Dieſe Thatſache berechtigt uns zu dem Schluß, daß die Bilanz zwiſchen den Vortheilen und Nachtheilen des Formalismus bei jenen Verhältniſſen eine verſchiedene iſt; bei dem Wechſel machen ſich die Koſten bezahlt, bei den Contracten des gewöhnlichen Lebens nicht.[669]) Für letztwillige Verfügungen, Übertragung von Grundeigenthum, Beſtellung von Hypotheken, Prädialſervituten u. ſ. w. haben die neueren Rechte theils die Formen des römiſchen beibehalten, theils neue angeordnet. Gerade bei ihnen ſtellt ſich wiederum die Bilanz für den Formalismus beſonders günſtig. Denn einmal hat für ſie die Form einen viel höheren Werth als für die Contracte, da letztere ihre Wirkungen auf die handelnden Perſonen beſchränken und in verhältnißmäßig kurzer Zeit ſich ausleben, während jene ihre Wirkungen ſowohl in Bezug auf die Zeitdauer als auf die betheiligten Perſonen ſehr weit erſtrecken können. Im gleichen Verhältniß mit dieſer Ausdehnung wächſt die Nothwendigkeit einer formellen Beglaubigung des Rechtsgeſchäfts. Andererſeits aber ſind die Nachtheile hier wiederum weniger drückend. Denn diejenigen Rechtsgeſchäfte, die ſich raſch conſumiren, wie z. B. die Realcontracte, die Conſenſualcontracte mit Ausnahme der Societät, werden auch regelmäßig ohne lange Vorbereitung abgeſchloſſen, ja ein durch eine ſchwerfällige Form veranlaßter Aufſchub könnte bei ihnen unter Umſtänden das Zuſtandekommen geradezu verhindern. Nicht ſo bei denen, die ich oben genannt habe. Sie drängen und eilen nicht ſo ſehr, regelmäßig geht ihrem Abſchluß eine längere Zeit der Vorbereitung, Überlegung, Verhandlung voraus, und ob dieſe Zeit durch die

669) Mit gutem Grunde hat daher auch unſer Handelsgeſetzbuch auf die kaufmänniſchen Verhältniſſe das Princip der Form in energiſcher Weiſe zur Anwendung gebracht.

Digitized by Google

Zuthat der Form um etwas vermehrt wird, fällt nicht schwer ins Gewicht. Sodann endlich bietet das Leben zu ihnen bei weitem nicht so häufig Anlaß; auf tausend Contracte kommt vielleicht kaum ein Testament, auf hundert Eigenthumsübertragungen beweglicher Sachen kaum eine einer unbeweglichen Sache. Auf diese Weise erklärt und rechtfertigt sich der einfachere Zuschnitt der römischen Stipulation gegenüber dem complicirteren der Mancipation und der Abtretung vor Gericht.

So variirt also die Bilanz zwischen den Vortheilen und Nachtheilen des Formalismus nach Verschiedenheit der Rechtsinstitute; eine Form, die für das eine Institut höchst angemessen ist, würde für das andere möglicherweise unerträglich sein. Nicht minder aber variirt dieses Verhältniß der beiden Seiten des Formalismus nach Verschiedenheit der gegebenen historischen Prämissen. Im römischen Recht bildet das Erforderniß der Form die Regel, bei uns die Ausnahme.

Hätten die Römer den Druck ihres Formenwesens in dem Maße empfunden, wie wir ihn empfinden müßten, sie würden sicherlich nicht unterlassen haben, sich desselben zu entledigen, wie sie es ja z. B. bei dem Legisactionenprozeß und später bei den Formeln letztwilliger Verfügungen in Wirklichkeit gethan haben. Der Druck kann also für sie kein so schwerer gewesen sein, und dies führt uns auf zwei Umstände, welche ebensowohl für die relative Natur des Formalismus im allgemeinen als für das specielle Verständniß des römischen Formalismus von hoher Bedeutung sind. Die erste ist die bereits früher (S. 410 u. fl.) mit besonderem Hinblick auf den Formalismus besprochene Stellung der römischen Jurisprudenz zum Volk, die Allgegenwart der Juristen im Leben und die Unentgeltlichkeit ihrer Dienstleistungen. Der zweite Umstand besteht in einer Eigenschaft, die, wenn auch dem römischen Volk keineswegs eigenthümlich, sich dennoch bei ihm in ungleich höherem Grade vorfand als mit Ausnahme des englischen bei allen Völkern der Gegenwart, ich meine jenen nationalen Zug zur Form, den ich im Folgenden als Formsinn bezeichnen und

Digitized by Google

einer näheren Betrachtung unterziehen werde, eine Eigenschaft, die dem römischen Volk die Formen nicht als etwas äußerlich Aufgedrungenes, Positives, Fremdartiges, sondern als etwas Selbstverständliches, Natürliches erscheinen ließ.

2. Die historischen Gründe des Formalismus.

Culturhistorische Bedeutung desselben — die Periode der Sinnlichkeit — der Formsinn — Symbolische und repräsentative Handlungen — die residuären Formen. — Die Form als Trägerin des historischen Continuitätsbewußtseins — die conservative Kraft der Form.

XLV[a]. Es ist bereits oben (S. 478) bemerkt, daß es irrig sein würde, das Dasein der Formen im Recht ausschließlich auf den im bisherigen nachgewiesenen praktischen Nutzen derselben zurückzuführen. Richtig ist diese Ansicht nur für diejenigen Formen, welche durch einen Akt der Gesetzgebung ins Leben gerufen sind, denn sie sind eingeführt eines bestimmten Zweckes wegen, sie verdanken ihr Dasein und ihren bestimmten Zuschnitt ausschließlich einem praktischen Motiv; solche Formen dürfte man am passendsten tendentiöse nennen, denn sie treten in die Welt mit einer bestimmten Tendenz an der Stirn.

Anders bei denjenigen Formen, die aus dem Leben und dem Volke selbst hervorgegangen sind, wie dies für alle der Urzeit des Rechts angehörige (naive) Formen gilt. Der Umstand, daß sie nicht mit Absicht und Bewußtsein eingeführt, daß sie nicht gemacht, sondern geworden sind, schließt zwar die Möglichkeit nicht aus, daß unbewußt und instinctiv das Gefühl des praktischen Nutzens der Form bei ihrer Bildung mitgewirkt habe.[671]) Allein

671) Auf diesen „der Nation inwohnenden bewußtlosen Bildungstrieb, in welchem aber das Bedürfniß der heilsamen Folgen wirksam ist", stellt Savigny System B. 3 S. 239 die Sache. Im Obligationenrecht Bd. 2 S. 220 äußert er sich nur dahin, daß diese Formen auf „uralter Volkssitte beruhen". Der obige Gegensatz im Text ist es, der Puchta bei seinem verunglückten Versuch einer Scheidung zweier Arten von Rechtsformen (s. oben Note 652[a]) vorgeschwebt hat.

Digitized by Google

daß sie nicht ausschließlich diesem Motive ihren Ursprung verdanken, daß vielmehr noch andere Gründe sowohl bei der ersten Bildung als bei der Erhaltung derselben wirksam werden, ihr Unterschied von den tendentiösen also nicht bloß in der Verschiedenheit der Rechtsquelle (Gesetz und Gewohnheitsrecht) besteht, durch die sie eingeführt werden (in welchem Fall die Unterscheidung derselben völlig unberechtigt sein würde), dies, sage ich, läßt sich aus manchem abnehmen. Zunächst aus dem morphologischen Zuschnitt derartiger Formen. Derselbe ist nicht bloß ungleich voller, reicher, als er durch das rein praktisch-juristische Interesse geboten sein würde (man denke z. B. an die römischen Hochzeitsfeierlichkeiten), sondern er kann ebendadurch dem letzteren widerstreben. Jeden Zweifel aber beseitigt der Umstand, daß derartige Formen sich auch auf anderen Gebieten wiederholen, und zwar auf Gebieten, für die der Gesichtspunkt des praktischen Werths der Form keine Anwendung leidet, wie z. B. auf dem des religiösen Cultus, und eben diese Wahrnehmung kann und muß uns hier auf den rechten Weg leiten, uns nämlich zu der Erkenntniß führen, daß wir in dem Formalismus keine specifisch rechtliche, sondern eine allgemein culturhistorische Erscheinung zu erblicken haben, die innerhalb des Rechts nur einen ungewöhnlich günstigen Boden vorfindet, nur eine besonders gesteigerte Wirksamkeit entfaltet.

Der Formalismus in diesem weitesten Sinne bezeichnet eine nothwendige Phase in der Entwicklungsgeschichte des menschlichen Geistes. Wie der in den Banden des sinnlichen Denkens befangene Geist überall, wo es die Darstellung eines Innerlichen gilt, zu sinnlichen Ausdrucksmitteln seine Zuflucht nimmt, zu Bildern in der Sprache, zu Personificationen in seiner Natur- und religiösen Anschauung, zu Symbolen bei seinen Begriffen, so benutzt er auch die Handlung, um seinen Gefühlen, Stimmungen, Ahnungen, Entschlüssen eine sinnlich-substantielle, plastische Gestalt zu geben. So wird ihm das Unsichtbare sichtbar, das Ferne nahe, das Innerliche an die Oberfläche gerückt. Dies ist die Sprache, die er versteht, und durch die er seine Unbehülflichkeit im abstrac-

Digitized by Google

ten Denken und Reden ausgleicht. Und eben weil sie ihm natürlich und nothwendig ist, gelingt ihm die Darstellung in und mit ihr in einer Weise, mit der alle Kunst und Überlegung der abstracten Periode sich nicht messen kann. Ein einziges Zeichen erschließt ihm das Wesen des Verhältnisses oft besser und hält es ihm sicherer gegenwärtig und geläufig, als alle Worte es vermöchten. Was er ergreift und faßt, ist allerdings zunächst nur das Äußere, die Schale, allein unbewußt hat er in ihr ein geistiges Samenkorn in sich aufgenommen, das auch auf minder günstigem Boden seine Triebkraft entfaltet, das unvermerkt keimt und sproßt, dem Gemüthe eine gewisse Stimmung, der Phantasie Nahrung verleiht und so dem Geiste nach und nach eine Ahnung des Gedankens zuführt, den es in sich birgt.

Zeichen und Handlungen, die diesen Zweck haben, einen geistigen Inhalt in jener Weise sinnlich darzustellen, heißen bekanntlich *symbolische*. Symbol ist ein sinnliches Ausdrucksmittel für etwas Übersinnliches; wo das Auszudrückende seinerseits wieder etwas Sinnliches ist, wie z. B. wenn im römischen Recht[672] bei der Vindication das Grundstück durch eine Scholle oder im germanischen Recht bei der Tradition durch Rasen und Zweig[673] vertreten wird (Pars pro toto), sollte man den Ausdruck vermeiden (sonst könnte man auch das Gemälde oder die Skizze ein Symbol des Gegenstandes nennen, den sie darstellen sollen), und ich werde für diese letztere Art im Folgenden den Ausdruck: *repräsentative* Darstellung gebrauchen. Der Speer war ein Symbol des Eigenthums, denn er drückte etwas Inneres, Geistiges aus: die rechtliche Macht und Herrschaft des Eigenthümers, dagegen der Stab, dessen man sich an seiner Statt bediente, kein Symbol, sondern ein Surrogat, ein Repräsentant des

672) Gaj. IV, 17.

673) J. Grimm, Deutsche Rechtsalterthümer S. 111 fl., 121 fl. Auch im englischen Recht, Gundermann, Englisches Privatrecht I S. 206 (ein Thürring oder Riegel, ein Baumast, Zweig, ein Stück Rasen vom Lande).

Digitized by Google

Speeres.[674]) Nicht minder war der Scheingang zum Grundstück, zu dem der Prätor bei der Vindication die Parteien aufforderte,[675]) keine symbolische Handlung, sondern eine Scheinhandlung (§ 46), er sollte etwas Äußeres: das wirkliche Gehen zum Grundstück vorstellen und ersetzen. Ebensowenig verdient daher das Geschäft per aes et libram den Namen einer symbolischen, sondern nur einer Scheinzahlung, denn das, was hier veranschaulicht wird, ist die Zahlung in alter Form, also wiederum etwas Äußeres. Sonst würde man auch die 30 Lictoren, welche in späterer Zeit bei der Arrogation die 30 Curien repräsentirten, als symbolische Volksversammlung zu bezeichnen haben. Dagegen war es eine symbolische Handlung, wenn der Sklave bei der Freilassung sich herumdrehen mußte, denn die Veränderung seiner äußeren Stellung (des status im natürlichen Sinn) sollte ein Zeichen sein für die seiner inneren (des status im juristischen Sinn). Ich will übrigens nicht verkennen, daß sich die Gränzen zwischen den symbolischen und repräsentativen Handlungen im einzelnen Fall sehr verwischen können, und habe gegen die eben gerügte Ungenauigkeit im Gebrauch des ersteren Ausdrucks nichts zu erinnern, wenn man sich nur des Unterschiedes beider Arten von Handlungen dabei bewußt bleibt.

Symbole und symbolische Handlungen sind die Sprache des kindlichen Geistes — eine Hieroglyphenschrift, deren er sich bedient, weil er die Buchstabenschrift der abstracten Darstellung noch nicht erfunden, für sie noch kein Verständniß hat. Allein es ist doch nicht die Noth allein, die ihn zu dieser Zeichensprache treibt, nicht das bloße Unvermögen oder die Unbeholfenheit des abstracten Ausdrucks, sondern es ist zugleich das sinnige Behagen, das poetische Wohlgefallen an der sinnlichen Gestaltung des Geistes, es ist der Reiz der Plastik des Gedankens. Denn zunächst treffen wir jene Darstellungsweise keineswegs bloß bei solchen Gedanken an, die durch ihre Tiefe zum Gebrauch derselben

674 Gaj. IV, 16.

675) Cic. pro Murena 12: Inite viam . . . redite viam.

Digitized by Google

nöthigen. Der geistige Kern des Symbols ist nicht selten ein so platter und dürftiger, daß auch die Mittel einer noch so wenig entwickelten Sprache zur Formulirung desselben vollkommen ausgereicht haben würden, ja manche Formen — ich erinnere z. B. an die repräsentativen — schließen überhaupt gar keinen Gedanken in sich. Und sodann: wäre es bloß jener Grund allein gewesen, so hätte der Fortschritt der geistigen Entwicklung oder, was dasselbe, die Ausbildung der Sprache — denn was der Geist erwirbt, bucht die letztere — eine allmählige Verdrängung der Formensprache nach sich ziehen müssen, auf der Höhe der Cultur müßten alle Reste der naiven Periode abgethan sein, und die Form, insoweit nicht, wie im Recht, ein praktisches Motiv ihr das Dasein fristet, dem nackten, dürren, abstracten Gedanken Platz gemacht haben. Dies ist aber keineswegs der Fall.

Also: der Formalismus ist nicht bloß ein Nothbehelf des nach dem Ausdruck ringenden Geistes, er hat nicht bloß seinen Grund in der ursprünglichen Unvollkommenheit der Sprache. Zu diesem ersten Motiv seines historischen Auftretens, das sich mit der Kindheitszeit der Völker erschöpft, gesellt sich vielmehr noch ein zweites hinzu, das dieselbe weit überdauert. Es ist das so eben angegebene: das Wohlgefallen an der Äußerlichkeit, die Freude am Sinnlichen, kurz der Formsinn.

Die Anziehungskraft, welche die Form in dem obigen Sinn d. h. die traditionelle, typische Darstellung der Gefühle und Gedanken durch das plastische Medium von Handlungen und Zeichen auf den menschlichen Geist ausübt, ist mannigfaltiger Art. Fesselt sie den poetischen Sinn von der rein ästhetischen Seite durch das plastische und dramatische Element, mit dessen Hülfe sie die Vorgänge des Lebens zu verschönern weiß, so empfiehlt sie sich dem nüchternen, verständigen Sinn von der praktischen Seite durch die Ordnung, Regelmäßigkeit, Gleichmäßigkeit, Sauberkeit des menschlichen Seins und Thuns, und von der ethischen Seite endlich gewinnt sie das Gemüth für sich, indem sie dasselbe mit dem Gefühl des Ernstes und der Feierlichkeit durchdringt, den

Digitized by Google

Handelnden über sich selbst und das rein Individuelle und Vergängliche seiner momentanen persönlichen Situation auf die Höhe der allgemein menschlichen, typischen Bedeutung des Akts erhebt, ihn mit denen, die vor ihm da waren und nach ihm da sein werden, in eine weihevolle Verbindung bringt.

Diese Mannigfaltigkeit der Anknüpfungspunkte, welche die Form dem menschlichen Geiste darbietet, ist maßgebend für die specielle Gestaltung, die sie sowohl bei den verschiedenen Völkern und auf den verschiedenen Culturstufen als auf den verschiedenen Gebieten, Kreisen, Sphären des menschlichen Denkens, Fühlens und Lebens annimmt. Die Formen bei einem Volk von überwiegend verständiger Art tragen einen andern Charakter an sich als die bei einem mehr poetischen, die des Rechts einen anderen als die des religiösen Cultus. Dazu gesellen sich sodann noch gewisse der Form an sich fremde Elemente: der mehr conservative oder bewegliche Charakter des Volks oder Kreises, bei dem sie gelten, die äußeren Verhältnisse desselben, die locale Abgeschiedenheit (z. B. der Bergleute), die absichtliche Absperrung desselben (z. B. die der Zünfte in den letztverflossenen Jahrhunderten) und endlich der Einfluß der Religion (Katholicismus und Calvinismus).

Für die richtige Einsicht in das Wesen und die Motive des Formalismus im höchsten Grade lehrreich ist eine Erscheinung, der wir im Folgenden eine nähere Betrachtung widmen wollen; wenn irgend etwas, so legt sie von der Macht, welche die Form auf das menschliche Gemüth ausübt, Zeugniß ab. Es ist dies die Entstehung, beziehungsweise die Fortdauer von Formen, die sei es von vornherein der innerlichen Bedeutung entbehrten, sei es sie hinterher wieder eingebüßt haben — der reine, nackte Cultus der Form als solcher.

In der römischen Welt, sowohl im Recht, als in der Sitte des Lebens und dem religiösen Ritus, und im heutigen England, begegnet uns häufig eine Art von Formen, die ich *residuäre* nennen will.[675a]) Die Formbildung erfolgt bei ihnen in der

675a) Rerum *simulacra* gestarum sacrarum consecratis in riti-

Digitized by Google

Weise, daß Einrichtungen, Handlungen, Gebräuche, die bis dahin durchaus keinen formellen Charakter hatten, vielmehr durch die damaligen Zustände des Lebens, durch den Stand der Fabrication, des Gewerbes, Landbaues, durch die Mode u. s. w. gegeben und geboten waren, für gewisse Gelegenheiten und Verhältnisse als solenne Erfordernisse beibehalten werden, während sie im ernstlichen Gebrauch des Lebens durch den Wechsel der Mode oder durch die Fortschritte der Technik verdrängt werden.[675b]) Dadurch wird, was bis dahin keine Form, sondern ein flüssiges, freies Stück des damaligen Lebens war, zur reinen Form — ein versteinertes Stück Vergangenheit, das oft seltsam in die spätere Zeit hineinragt. Der Sprecher des englischen Unterhauses trägt bekanntlich noch bis auf den heutigen Tag seine aus früherer Zeit stammende gewaltige Perücke; während dieselbe von den andern Köpfen verschwand, ist sie auf dem seinigen als „residuäre Perücke" sitzen geblieben — ein Beispiel, zu dem auf dem Continent Hamburg ein Seitenstück gibt, das sich ebenfalls für gewisse Gelegenheiten z. B. Leichenbegängnisse die residuären Perücken nicht hat nehmen lassen.

Die älteste Getreideart, welche die Römer oder ihre Vorfahren bauten, war der Spelt (far), die älteste Art des Brodes der Teig (puls). Im Leben hatten beide längst anderen Arten und Zubereitungsweisen Platz gemacht, allein im religiösen Ritus

---

bus, wie Arnobius adv. gent. V. 1 sich ausdrückt; ähnlich Tacitus Ann. VI. 11 von dem praefectus urbi feriarum latinarum causa (Mommsen, Röm. Staatsrecht I S. 168) simulacrum durat. Gajus II, 103: dicis gratia propter veteris juris imitationem, mit Bezug auf den familiae emtor; Cic. de leg. agr. II, 12, 31 mit Bezug auf die repräsentative Darstellung der Curiatcomitien durch die Lictoren: ad speciem atque usurpationem vetustatis.

675b) Ebenso in der Sprache. So haben sich z. B. im englischen Prozeß eine Menge von Wendungen und Ausdrücken aus der Normannenzeit erhalten, die man im gewöhnlichen Leben nicht mehr kennt. So muß noch heutigen Tages der Türke die beiden Suren, welche jedem Gebet vorangehen, nach alter Weise in arabischer Sprache lesen, von Tornauw Moslemitisches Recht S. 39.

Digitized by Google

und namentlich auch bei Eingehung der Ehe durch Confarreation hielt man an jenen feſt.[675c]) In uralter Zeit hatte man ſich zum Schneiden in Ermangelung von Meſſern und Scheeren des Speeres bedient, und ſo auch der Bräutigam bei Eingehung der Ehe, um der Braut das Haar zu ſchneiden; überall war der Speer gewichen, in den Händen des Bräutigams blieb er zurück (hasta caelibaris). Ebenſo verhielt es ſich mit dem Kopftuch der Braut (flammeum). Die Mode kannte längſt beſſere Gewebe, aber die Braut bei der Hochzeit und die Prieſterin durften ſich von der älteſten Form nicht losſagen,[676]) ſo wenig wie die Prieſter von wollenen Bekleidungsgegenſtänden,[676a]) und bei der Hausſuchung nach geſtohlenen Gegenſtänden bedurfte es noch in ſpäterer Zeit für den Suchenden des uralten Schurzfelles (licium, linteum).[676b]) Vor Einführung des geprägten Geldes war man gezwungen, das Metall zuzuwägen — durch jene Maßregel ward man deſſen überhoben; allein beim Nexum und bei der Mancipation behielt man, wenn auch nicht das Wägen ſelbſt, ſo doch das Erz und die Wagſchale bei (§ 46). Das älteſte von allen Überbleibſeln der Vorzeit war der Feuerſtein (silex), deſſen man ſich bei Abſchluß von völkerrechtlichen Verträgen zum Schlachten des Opferſchweines bediente (Liv. I 24); er ſtammt noch aus der Steinzeit, alſo aus der Zeit vor der Trennung der indogermani-

---

675c) Plin. H. N. XVIII, 19 Arnob. VII, 26.

676) Über dieſe von den Hochzeitsgebräuchen hergenommenen Beiſpiele vergl. Roßbach Unterſuchungen über die römiſche Ehe. S. 104, 282, 291. Ein anderes Beiſpiel bei Plin. Hist. Nat. XXXIII, c. 4.. quo argumento etiam nunc sponsae muneri ferreus anulus mittitur isque sine gemma.

676a) Serv. ad Aen. XII, 120.

676b) Gell. N. A. XI, 18 § 9. XVI, 10 § 8. Fest. sub Lance (Müller p. 117) Gaj. III, 193. Zu ſeiner Zeit war der Ausdruck ſchon obſolet (»quid sit autem linteum, quaesitum est«). Im religiöſen Ritus wiederholt ſich das Linteum noch zu Arnobius' Zeit, ſ. deſſen Metam. lib. XI (ed. Bip. p. 272 »linteo et rudi me contectum«, p. 276 »linteis intectum«). Über dieſe Form der Hausſuchung ſ. II 159 Note 208.

Digitized by Google

schen Völker, denn bei der Trennung waren sie bereits im Besitz des Erzes.[676c])

In allen diesen Fällen, die sich noch durch manche vermehren ließen,[676d]) hatte die Form von vornherein nicht die geringste innere Bedeutung, sie war ein bloßer Niederschlag vergangener Zustände, ein reines Caput mortuum. Was verhalf ihr nun zu diesem Leben als Form? Die bloße Vis inertiä, die Macht der Gewohnheit? Mögen wir immerhin so sagen, aber übersehen wir nur nicht, daß die Macht der Gewohnheit ihrerseits subjectiv eine der Form geneigte Stimmung voraussetzt. Bei einem gleichgültigen Verhalten des Geistes gegen das Moment des Äußerlichen würde das Alte, nachdem es einmal der Sache nach und in der praktischen Anwendung dem Neuen Platz gemacht, es auch der Form nach gethan haben. Übrigens können solche residuäre Formen möglicherweise auch dadurch ihr Leben fristen, daß eine spätere Zeit, der die Erinnerung ihres historischen Ursprungs abhanden gekommen ist, künstlich in sie eine symbolische Bedeutung hineinträgt, die ihnen ursprünglich völlig fremd war, und ich bin überzeugt, daß eine Menge von Formen von uns als symbolische angesehen werden, die von Haus aus nichts waren als residuäre.[677])

Wenn die residuären Formen ein Stück der Vergangenheit

676c) Erz = sanskr. ayas, lat. aes, goth. aiz, angelsächs. ar, altnord. eir, althochd. er.

676d) S. z. B. bei Lange, Über die Transitio ad plebem, Leipzig 1864 S. 46 Anm. 2, wo auch auf den rex sacrificulus als residuären Scheinkönig verwiesen wird. — Eine eigene Art der residuären Scheinakte bilden solche Handlungen, welche ursprünglich ganz von dem freien Entschluß abhingen, später aber durch Anordnung ihrer gesetzlich nothwendigen Vornahme d. h. durch Erklärung ihrer materiellen Überflüssigkeit in bloße Scheinakte verwandelt wurden. Ein Beispiel aus heutiger Zeit gewähren die Huldigungsakte, Beispiele aus dem röm. Alterthum die lex Publilia über die Ertheilung der patrum autoritas (Liv. VIII. 12), die lex Maenia (Cic. Brutus 14, Liv. I 17, der auch die Bedeutungslosigkeit des Aktes selber hervorhebt: usurpatur idem jus vi adempta), die tutela mulierum der späteren Zeit (Gaj. I. 190).

677) So ist z. B. die Auffassung, deren Puchta Curs. der Institt. B. 2 § 161 Note h gedenkt, nicht so weit wegzuwerfen, als er es thut.

Digitized by Google

selber in versteinerter Gestalt aufbewahren, so erhalten die repräsentativen Formen wenigstens die Reminiscenz derselben. An Stelle der bisherigen Weise, die man gezwungen ist ganz oder zum Theil zu verlassen, wird eine bequemere, zeitgemäßere Nachbildung gesetzt und zwar lediglich als Form, lediglich des Äußeren wegen — eine Concession, durch die man sich unbeschadet der Forderungen des Lebens mit dem an dem Äußerlichen haftenden Sinn abfindet.

So lange die römische Herrschaft sich auf ein kleines Stadtgebiet beschränkte, war es ausführbar, daß bei der Vindication eines Grundstücks der Prätor sich mit den Parteien an Ort und Stelle verfügte. Als dies Gebiet sich beträchtlich erweiterte, mußte man die Einrichtung fallen lassen. Indem man sich aber einerseits der Nothwendigkeit fügte, wußte man doch andererseits den Schein und die Erinnerung der alten Einrichtung dadurch aufrecht zu erhalten, daß man das Grundstück durch eine von den Parteien geholte Scholle vor Gericht repräsentiren ließ. Man ermöglichte dadurch zugleich die Beibehaltung der auf die Anwesenheit des Grundstücks berechneten Vornahmen und Formeln. Die Arrogation geschah in alter Zeit in den Curiatcomitien unter der Mitwirkung der Pontifices durch einen förmlichen Volksbeschluß. Auch diese Einrichtung ward später unhaltbar, und wahrscheinlich kam sie einfach dadurch ab, daß das Volk aus Mangel an Interesse wegblieb. Bekanntlich wurden von da an die Arrogationen lediglich durch die Pontifices vollzogen — denn daß die Lictoren ihnen gegenüber kein selbständiges Entscheidungsrecht hatten, bedarf nicht der Bemerkung — allein da es einmal eines Beschlusses der Curiatversammlung bedurfte, so half man sich dadurch, daß man die 30 Curien durch 30 Lictoren vertreten ließ. Der Sache nach war die alte Einrichtung aufgegeben, aber bis zu einem gewissen Grade war doch der äußere Schein derselben gerettet.[678])

678) Andere Beispiele s. B. 1 S. 351 und oben S. 506; s. auch Demelius, die Rechtsfiction, Weimar 1858 S. 1—15.

Digitized by Google

Das Verhältniß, das wir hier zu betrachten haben: die Fortdauer des Äußeren als leere Form nach Absterben des Innern, ist sowohl bei Formen als bei Einrichtungen möglich. Bei ersteren — nämlich wenn symbolische Formen sich überlebt haben, d. h. subjectiv, sei es kein Verständniß, sei es keinen Glauben mehr finden. Bei diesen — wenn sie ihre praktische Wahrheit und Bedeutung verloren haben, z. B. dadurch, daß die freie Handlung in eine nothwendige verwandelt (Note 676c), oder an die Stelle der Leistung, auf die das Gesetz, der Richterspruch, der Vertrag lautet, in der Ausführung eine andere gesetzt worden ist,[679] u. s. w. Als letzter Rest der alten Einrichtung bleibt nicht selten das nackte bloße Wort, die Formel, der Name, ungeachtet die Sache selbst eine völlig andere geworden ist. Der Wein, der in den Tempel der Ops gebracht ward, kam, wie Macrobius berichtet,[680] nicht unter seinem eigenen Namen hinein, sondern als „Milch", das Gefäß ward „Honigtopf" genannt, was darauf hin weist, daß in dem Tempel ursprünglich nur Milch und Honig zugelassen war. In alter Zeit wurden in England die Oberrichterstellen nur mit Lords besetzt, dies änderte sich später, allein der Name und die Anrede: Lord Oberrichter ist bis auf den heutigen Tag geblieben, und auch unsere heutigen Ordensritter haben von den alten Rittern nichts als den Namen.[680a])

Diese Anhänglichkeit an die gewohnte, aber aller inneren

---

679) So z. B. statt der Talion eine Geldstrafe (B. 1 S. 138), statt der Schafe oder Rinder, worauf die alte Multa lautete, die durch die lex Aternia Tarpeja, bez. Papiria tarifirte Summe um 10 oder 100 As. So wird namentlich auch heutzutage noch an einigen Orten und Ländern (z. B. Schweden) in gewissen Fällen Todesstrafe erkannt, wo praktisch hinterher eine unbedeutende Geld- oder Gefängnißstrafe an die Stelle gesetzt wird.

680) Saturn. I, 12. Plin. H. N. XIV. 14 Romulum lacte, non vino libasse. Auch der Ceres durfte nicht mit Wein libirt werden. Macr. III, 11.

680a) Andere Beispiele: die Beibehaltung des Ausdrucks aedes in den hergebrachten Formeln auch da, wo er nicht paßte (Varro de L. L. V. § 160), des Ausdrucks pascua (Plin. H. N. XVIII. 3), die Anwendung des Ausdrucks judices auf die Consuln (Varro VI. 88) u. a.

Digitized by Google

Bedeutung beraubte Form, dieser Cultus der nackten Äußerlichkeit erscheint auf den ersten Blick als etwas völlig Werthloses und Verwerfliches, und die seichte Weisheit der Aufklärungsperiode hat ihn von den Tagen des Cicero an (Anm. 610) bis auf unsere Zeit hinab als vogelfreien Gegenstand des Witzes betrachtet. Es wäre verdienstlicher gewesen, die Sache zu begreifen, als zu verspotten. Sie hat eine höchst ernste Seite, und ich nehme nicht Anstand, in ihr eine der bedeutungsvollsten culturhistorischen Erscheinungen zu erblicken.

Die Sicherheit und Festigkeit eines jeden Fortschritts beruht auf der historischen Continuität, auf dem innigen Zusammenhang der Gegenwart mit der Vergangenheit. Zu den Fäden und Anknüpfungspunkten aber, durch welche diese Continuität vermittelt wird, gehört vor allem die Form, denn während die inneren, sachlichen, historischen Anknüpfungspunkte dem Bewußtsein der Menge immer mehr entschwinden und nur einer kleinen Zahl von Kundigen geläufig bleiben, so ist die Form als etwas Sichtbares und stets sich Wiederholendes die hauptsächlichste Trägerin des historischen Continuitätsbewußtseins des Volks. Je mehr sich in den Formen irgend eine späterhin verschwundene Eigenthümlichkeit ausgeprägt hat, der sie ihre Entstehung verdankten, sei es der Verfassung, sei es der Sitte, Mode u. s. w., je fremdartiger sie also den Beschauer anmuthen und in ihm das Gefühl der historischen Ferne hervorrufen, wie etwa die Bilder der Ahnen durch längst abgekommene Trachten und Moden, um desto mehr verbinden sie ihn andererseits mit der Vergangenheit, indem sie ihm dieselbe in anschaulicher und charaktervoller Weise vorführen, indem sie die Erinnerung der alten Tage, das Gedächtniß der Ahnen im Volk wach und lebendig halten und damit jene maßvolle Stimmung und Haltung in den praktischen Fragen der Gegenwart hervorrufen, die wir mit Recht an den alten Römern und an den Engländern bewundern. Das Festhalten an den überkommenen Formen, selbst nachdem sich dieselben überlebt haben, ist wie einerseits ein Ausfluß, so andererseits eine unversiegbare Quelle

Digitized by Google

jenes hiſtoriſchen Sinnes, ohne den in Staat und Kirche noch nie ein feſter Bau gelungen iſt.

Zu dieſem erſten Grunde, der den hiſtoriſchen Sinn die Formen als ſolche lieben, ſchätzen und pflegen lehrt, dieſem, wenn ich ſo ſagen darf, allgemein pädagogiſchen Werth derſelben für den Volkscharakter geſellt ſich als zweiter hinzu der erhaltende Einfluß, den die Formen auf die Ideen, Einrichtungen u. ſ. w. ausüben, die in ihnen ihren äußeren Ausdruck finden. Je kräftiger dieſe ihre Außenſeite entwickelt iſt, deſto höher ihre eigene Lebenskraft. Denn mit den Formen ſchmiegen und klammern die Ideen und Einrichtungen ſelber ſich feſt an die ſinnliche Welt, an die Weiſe des Lebens, an das Erinnerungsvermögen des Auges, an die Macht der äußeren Gewohnheit. Wird dadurch ſchon unter gewöhnlichen Umſtänden ihre Exiſtenz und Kraft beträchtlich geſichert und erhöht, ſo gewinnt der Rückhalt den ſie an dieſen Formen beſitzen, einen geſteigerten Werth in der Stunde der Gefahr. Für alle Ideen — ich habe im Folgenden vorzugsweiſe, aber nicht ausſchließlich die religiöſen im Auge — für alle Ideen alſo gibt es Perioden der vorübergehenden Lauheit und Gleichgültigkeit der Maſſen, des Ermattens und des Abfalls, Perioden der Prüfung, in denen es ſich für ſie um Sein und Nichtſein handelt. Ideen, die rein auf ſich ſelbſt geſtellt ſind, d. h. jenes Rückhaltes der Form entbehren, verlieren mit der moraliſchen Macht über die Gemüther zugleich ihre Exiſtenz, ſie gehen unter, indem ſie dem Volk abhanden kommen, und es koſtet, wenn die feindliche Strömung der Zeit ſich verlaufen, neue Anſtrengungen und Kämpfe, ſie wieder ins Leben zu rufen — eine neue Geburt bringt neue Geburtswehen mit ſich. Anders aber bei denjenigen, die ſich in feſten, äußeren Formen verkörpert haben, denn die Form hat, wie alles Niedere im Vergleich zum Höheren, eine zähere Lebenskraft; ſie kann, was die Idee nicht kann: vegetiren, d. h. fortdauern ohne Verſtändniß. Als ein gleichgültiges Stück des äußeren Lebens durch die Macht der Gewohnheit beibehalten, nachdem die Idee, die ihr innewohnt, dem Verſtändniß der Maſſe abhanden

Digitized by Google

gekommen ist, vegetirt hier die Form noch fort — eine todte, leere Schaale, scheinbar ohne jede Berechtigung und ohne jeden Werth. Da erheben sich denn nicht selten die Klugen und Geschenten und nennen das ganze Wesen Lug und Trug und begehren, daß, was innerlich abgestorben und todt sei, auch äußerlich abgethan, begraben werden solle. Aber wo ein Volk jenen Sinn und jene Empfänglichkeit für die Form besitzt, die ich oben als Formsinn bezeichnet habe, hält es dennoch im richtigen Instinct an der als todt geschmähten Form zähe fest. Und es thut wohl daran! Denn jener angebliche Tod der Form, jene innere Entseelung derselben ist mitunter nur ein Scheintod — ein Winterschlaf in öder, dürrer Zeit, dem das erste Wehen des Frühlingshauchs ein Ende macht. Auf der todten Form beruht hier nicht selten die Möglichkeit neuen Lebens. Sie abthun, heißt unter diesen Umständen nicht einen entseelten Körper bestatten, sondern die Larve zerstören, welche den künftigen Schmetterling in sich birgt.

In diesen Lagen also, wo die Form scheinbar allen und jeden Werth verloren hat, entfaltet sie umgekehrt ihre höchste Brauchbarkeit, leistet sie der Idee den unschätzbarsten Dienst. Das Fortvegetiren der Form wird hier in den Händen der Geschichte das specifische Mittel, um die Möglichkeit des Wiederanknüpfens, die Continuität der historischen Entwicklung zu sichern. Möge immerhin in den bei weitem meisten Fällen was todt scheint, auch todt sein und bleiben, der Geist und das Leben nie wieder in die entseelten Formen zurückkehren — wer die Gefahr, den Scheintod für den Tod anzusehen, vermeiden will, kann es nur um den Preis, daß er im zweifelhaften Fall den Tod zunächst nur als Scheintod betrachtet.

Die bisherige Ausführung hat uns gelehrt — und ich fasse damit die beiden Theile derselben unter einen Gesichtspunkt zusammen — daß das Festhalten an den Formen als solchen nicht etwas rein Äußerliches und Werthloses ist, sondern ein Ausfluß und wesentliches Förderungsmittel des Zuges nach der historischen Continuität der Entwicklung. Darum eben finden wir diese

Digitized by Google

Eigenschaft bei denjenigen Völkern am stärksten entwickelt, die sich durch diesen Zug am meisten hervorthun, und zu ihnen gehörte vor allen das römische.

2. Der Formalismus des älteren Rechts.

Extensive Erstreckung der Form — Übersicht der formellen Geschäfte — die Scheingeschäfte, Begriff, Arten und Behandlung derselben von Seiten der älteren Jurisprudenz — die mancipatio, in jure cessio, stipulatio.

XLVI. Hätte uns die Geschichte jede directe Auskunft über das Verhalten des älteren Rechts zum Formalismus vorenthalten, die übrigen Theile des römischen Alterthums würden uns Anhaltspunkte in Genüge gewähren, um diese Lücke vollständig zu ergänzen. Die Lust und Liebe zu der Form, das Streben, das menschliche Thun und Treiben in feste Formen zu bringen, das Unsichtbare sichtbar zu machen, kurz der Zug zum Formalismus geht durch die ganze römische Welt. Wenden wir unsern Blick zunächst dem Religionswesen zu, so hatte alles, was mit ihm zusammenhängt: der religiöse Cultus, das Opfer, das Gebet, das Gelübde, die Auspicien, kurz jede Berührung mit den Göttern ihre festbestimmten Formen und Formeln. In ebenso abgemessenen Formen bewegte sich das öffentliche Leben, daheim wie nach außen, in der Volksversammlung wie in der Curie, im Krieg wie im Frieden.[680b]) Derselbe Zug nach der Form beherrschte das Privat-

680b]) Th. Mommsen, römische Forschungen B. 1 S. 336 und die Stadtrechte von Salpensa und Malaca S. 467 hat für den internationalen Verkehr und die Rechtsgeschäfte des Staats mit den Privaten das Gegentheil behauptet; meines Erachtens nicht mit Recht. Das alte Fetialenrecht war durch und durch formell, und wenn auch auf die Rechtsgeschäfte des Staats mit den Privaten nicht diejenigen Formen Anwendung fanden, welche letztere unter sich zu beobachten hatten, so doch andere, nicht minder fest bestimmte Formen. Von den Verträgen des internationalen jus gentium wird an anderer Stelle die Rede sein. Gegen Mommsen erklärt sich auch Huschke, Die Multa und das Sacramentum, Leipzig 1874 S. 14 Note 15.

Digitized by Google

leben, die Sitte des Hauses, das Auftreten in der Gesellschaft, den Verkehr. An dem Kleide, das er trug, erkannte man den Freien und Sklaven, den Mündigen und Unmündigen, den patricischen und plebejischen Senator, den Ritter und gewöhnlichen Bürger, den Magistrat in Rom und auf dem Marsch, den Bewerber um ein Amt, den in Anklagestand Versetzten, den Exilirten,[680c]) kurz die Tracht verkündete Rang, Stand, rechtliche Stellung.

Doch die Geschichte hat es uns erspart, uns auf diesem Umwege die Auskunft über das Recht zu holen, und wenn ich der Möglichkeit desselben überhaupt gedachte, so geschah es nur, um den Formalismus des Rechts in den Gesammtzusammenhang des römischen Lebens einzureihen und ihn dadurch in ein helleres Licht zu setzen.

Eigenschaften der Völker und Individuen sind in ihrem letzten Grunde gegebene Thatsachen, die man nicht weiter analysiren, begründen oder erklären kann. Dies schließt aber nicht aus, daß man nicht des Einflusses gedenken dürfte, den gewisse Umstände auf die Ausbildung derselben gewonnen haben, und noch weniger, daß man nicht den Bezügen, in denen diese Eigenschaften untereinander stehen, nachforschen dürfte. Immerhin also mögen wir in der starken Entwicklung des Formsinns eine hervorstechende national-römische Eigenschaft erblicken — dies soll uns nicht abhalten, auch jene mitwirkenden Umstände zur Unterstützung heran zu ziehen. Solche der Form verwandte und förderliche Eigenschaften des römischen Volkscharakters und Thatsachen der römischen Welt haben wir im Verlaufe unseres Werkes bereits mehrere kennen lernen und bei Behandlung derselben nicht unterlassen, ihre inneren Bezüge zum Formalismus hervorzuheben. Es waren 1) die militärische Disciplin (I, S. 264); 2) die Freiheit (oben S. 471); 3) der conservative St[illegible] (B. 1.

680c) Plin. ep. IV c. 11 carent togae jure, quibus aqua et ign[illegible] interdictum est.

Digitized by Google

S. 334 und oben S. 515); 4) die Tendenz der abstracten Gleichheit (B. 2 § 29 und oben S. 477).

Ich beschränke mich im Folgenden auf die Darstellung des Formalismus im älteren Privatrecht und Prozeß, und ich fasse mein Urtheil über die Bedeutung, welche ihm auf beiden Gebieten zustand, in die Behauptung einer exclusiven Herrschaft zusammen. Die Behauptung wird sich auf allgemeinen Widerspruch gefaßt machen müssen. Ich beuge zunächst einem Mißverständnisse derselben vor. Meine Meinung geht nicht dahin, als ob nicht von jeher in Rom thatsächlich formlose Geschäfte vorgekommen seien, welche praktisch die Wirkung von Rechtsgeschäften ausübten, weil Sitte, Treue, Ehre, die Rücksicht auf den eigenen Credit den Schutz des Rechts bei ihnen ersetzte. Ich gebe nicht bloß diese Thatsache bereitwilligst zu, sondern ich erblicke in dem Dasein dieser zwingenden Motive nicht rechtlicher Art sogar ein wesentliches Complement des älteren Rechts. Allein das, worum es sich bei der obigen Behauptung allein handelt, ist die rechtliche Wirksamkeit der Geschäfte, ihre gerichtliche Erzwingbarkeit, und ich kann diese läugnen und läugne sie, ohne jene Thatsache in Abrede zu stellen. Sodann aber muß ich ferner zwei Verhältnisse, die man versucht sein könnte meiner Behauptung entgegenzustellen, als gar nicht hierher gehörig ausscheiden. Zunächst den Besitz. Der Besitz als rein thatsächliches Verhältniß schließt seinem Begriff nach die Form aus. Wie er immerhin auch entstanden sein möge, ist gleichgültig: er ist da, und dies genügt. Sodann die Condictionen. Sie stützen sich ebenfalls auf ein thatsächliches Moment, nämlich auf das rein sachliche (von einer Willensthätigkeit unabhängige) Moment der Vermögensbereicherung ohne Grund. Es ist nicht der Wille, für den es ja allein der Form bedarf, sondern eine Thatsache, für welche letztere undenkbar ist: das Haben (res), welches hier die Klage begründet. Ich würde dieses Verhältnisses gar nicht gedenken, wenn nicht in manchen Fällen der Schein entstände, als ob der Wille dabei ein wesentlicher Factor sei. Eine condictio indebiti oder ob causam da-

Digitized by Google

torum ist nicht möglich, ohne daß ein Willensakt zwischen Kläger und Beklagtem vorausgegangen ist. Aber derselbe ist nicht selbständiger Grund der Klage, sondern letzterer besteht in der Bereicherung, die bei Gelegenheit dieses Geschäfts eingetreten ist. Derselbe Gesichtspunkt trifft auch für das Darlehn zu. Um die Verpflichtung zur Zurückforderung zu begründen, braucht der Kläger nicht in anderer Weise das Willensmoment hineinzuziehen als bei jenen beiden Klagen. Es liegt hier wie dort eine Bereicherung vor, vermittelt durch menschliche Thätigkeit, Geben und Annehmen, der juristische Grund der Klage aber ist auch hier nicht sowohl der Wille als die res, und darum gilt das Darlehn trotz allem, was gesagt, doch nicht weiter, als so weit es gegeben ist.[681])

Allein was hilft es, möchte man sagen, den Besitz und das Darlehn abzuwehren, da nichts desto weniger noch eine stattliche Reihe von formlosen Rechtsgeschäften des älteren Rechts, nämlich alle Verträge des jus gentium übrig bleiben? Ich will die Antwort darauf zunächst aussetzen und statt dessen den Gegensatz des Formalismus und der Formlosigkeit auf dem Culminationspunkt seiner Entfaltung tabellarisch veranschaulichen. Ich habe bei der folgenden Tabelle die formlosen Geschäfte, die unzweifelhaft neueren Ursprungs sind, von denen, deren Alter zweifelhaft ist, durch eine besondere Columne getrennt.

	Formelle Geschäfte.	Formlose Geschäfte.	
	Altes Recht.	Unzweifelhaft neueren Ursprungs.	Zweifelhaften Alters.
Civilprozeß.	Legisactionen u. Formularprozeß.	Die extraordinaria cognitio.	
Freilassungen.	manumissio vindicta, censu, testamento.	inter amicos, per epistolam u. s. w.	

681) L. 11 § 1 de R. Cr. (12. 1).

Digitized by Google

	Formelle Geschäfte. Altes Recht.	Formlose Geschäfte. Unzweifelhaft neueren Ursprungs.	Zweifelhaften Alters.
Ehe.	confarreatio.	Concubinat, als gesetzlich anerkanntes Verhältniß.	angebliche Eingehung derselben durch bloßen Consens.
Väterliche Gewalt.	arrogatio, adoptio, emancipatio.		
Manus.	coemptio.		
Mancipium.	mancipatio.		
Vormundschaft.	tutoris auctoritas.	Consens des Curators eines Minderjährigen.	
Eigenthum.	mancipatio, in jure cessio.	Traditio einer res mancipi (sogenanntes bonitarisches Eigenthum).	Eigenthumserwerb an res nec mancipi durch bloße Tradition.
Servituten.	Dieselben Akte, wie beim Eigenthum.	Tradition. (pacta atque stipulationes in den Provinzen.)	
Pfandrecht.	Ebenfalls (fiducia).	Pignus, hypotheca als dingliches Recht.	
Obligationen.	Nexum, Verbal- und Literalcontracte.	Klagbare Pacta, Cession, Erlaß.	Verträge des jus gentium.
Erbrecht.	Testament.	Soldatentestament, Codicill.	
	Formeln für sämmtliche Dispositionen desselben.	Aufhebung der Formeln.	
	Legat.	Fideicommiß.	
	cretio.	Formlose Antretung. Restitution des Universalfideicommisses.	

Über zwei Punkte in dieser Tabelle könnte man mit mir rechten. Zunächst darüber, daß ich das pignus, das doch bis in die älteste Zeit hinaufreicht, nicht unter die erste Columne gebracht habe; der Zusatz: „als dingliches Recht" wird die obige Stellung rechtfertigen; das Vorkommen des pignus als Besitzpfandes im älteren Recht fällt unter den so eben von mir für den Besitz aufgestellten Gesichtspunkt. Sodann darüber, daß ich die formlose Antretung der Erbschaft in die zweite Columne gestellt habe. Ein Zeugniß dafür, daß sie erst der späteren Zeit angehört, gibt es nicht. Bedenkt man aber, daß kein Theil des älteren Rechts so

Digitized by Google

durchweg formalistisch gestaltet ist als das Erbrecht, daß die Form und das Formelwesen gerade im Testament seine höchste Höhe erreicht, so wird die Meinung, daß dem im strengsten Styl gehaltenen *ersten* Akt des Erbrechts: der Testamentserrichtung als *zweiter* eine völlig formlose Antretung der Erbschaft gefolgt sei, geradezu als unmöglich zurückgewiesen werden müssen. Die Juristen hätten dabei nicht weniger als sich selbst und ihre ganze Weise verläugnen, den Grundsatz der Symmetrie oder der Correspondenz der Form, den sie sonst bei den Rechtsgeschäften so sorgsam beachten (§ 47[b]), außer Acht lassen müssen. Daß ein römischer Jurist die hereditatis *aditio* unter den actus legitimi aufführt,[681a]) will ich nicht in die Wagschale werfen, denn es steht dahin, ob die Verfasser der Pandekten hier nicht, wie so oft, einen antiquirten Ausdruck des früheren Rechts (cretio) mit einem noch gangbaren vertauscht haben.

Aus der obigen Tabelle ergibt sich folgendes Resultat. Alle Geschäfte, die unzweifelhaft dem älteren Recht angehören, sind formell, alle, die sicher dem neueren angehören, formlos, oder m. a. W. der Zug der früheren Zeit geht eben so entschieden auf die Form als der der späteren auf die Formlosigkeit, im neueren Recht nehmen die formlosen Geschäfte an Zahl und Bedeutung zu, und die vorhandenen formellen sterben nach und nach ab, erst innerlich, dann auch äußerlich — eine Entwicklung, welche wir im dritten System Gelegenheit haben werden zu schildern. Nur das Familienrecht bleibt, abgesehen von der angeblichen Formlosigkeit der Ehe, für deren Prüfung sich später die geeignete Stelle finden wird, von dem Gegensatz vollständig verschont, die Einwirkung der neueren Zeit äußert sich hier lediglich in Erleichterung und Abkürzung der vorhandenen Formen, bis sie schließlich völlig neuen weichen. Erst in der späteren Kaiserzeit treibt der Formalismus einen neuen Schößling aus sich heraus — einen Spätling von völlig anderem Zuschnitt, Charakter, es sind das

681a) L. 77 de R. J. (50. 17).

Digitized by Google

diejenigen durch die Gesetzgebung aufgestellten Formen, welche ich oben (S. 504) als tendentiöse bezeichnet habe: auf dem Gebiete des Erbrechts das formelle Codicill, auf dem des Pfandrechts das pignus publicum, für die große Schenkung die Insinuation, für die Interceſſionen der Frauenzimmer das instrumentum publicum, für die Freilaſſung die modernen Formen u. a. Sie enthalten das Eingeſtändniß der ſpäteren Zeit über die ungünſtigen Erfahrungen, die ſie in Bezug auf die Formloſigkeit hatte machen müſſen. Da ſie mit dem Formalismus des älteren Rechts in gar keiner hiſtoriſchen Verbindung ſtehen, ſo habe ich ſie in der obigen Tabelle ganz übergangen. Bei letzterer kam es mir nur darauf an, den Gegenſatz der formellen Geſchäfte des älteren Rechts zu den formloſen des neueren vorläufig überſichtlich zu veranſchaulichen, um dadurch für meine obige Behauptung an dieſer Stelle wenigſtens ſo viel zu erreichen, daß der Leſer ſein Urtheil über dieſelbe vorläufig noch ſuspendirt, bis mir an geeigneter Stelle die Gelegenheit werden wird, den Beweis derſelben anzutreten. Meine Tabelle wird ihm begreiflich machen, daß ſich mir die Frage aufdrängen konnte: wenn die Geſchäfte der erſten Columne zweifellos dem älteren Recht, die der zweiten ebenſo unbeſtritten dem neueren Recht angehören, ſind nicht die der dritten nach ihrer inneren Verwandtſchaft mit den letzteren ebenfalls dem neueren Recht zuzuweiſen?

Es würde mir jetzt zunächſt obliegen, die ſämmtlichen formellen Geſchäfte des älteren Rechts im Einzelnen dem Leſer vorzuführen. Wenn ich dies nicht thue, mich vielmehr auf eine flüchtige Überſicht derſelben beſchränke und nur drei von ihnen zur näheren Betrachtung heraushebe, ſo geſchieht es, weil ich den Leſer nicht mit Ausführung allbekannter Dinge behelligen will, die er in jedem Compendium der römiſchen Rechtsgeſchichte finden kann. Dagegen bietet der Gegenſtand eine andere Seite dar, welche unſere Compendien völlig mit Stillſchweigen übergehen, und ich glaube ein gutes Werk zu thun, wenn ich dieſen Punkt zum Gegenſtand einer eingehenden Unterſuchung mache. Es iſt

Digitized by Google

dies die allgemeine Theorie des römischen Formenwesens. Über dem Concreten, der Äußerlichkeit der einzelnen Formen, hat unsere positive Rechtsgeschichte auch hier, wie es ja einmal ihre Weise ist, das Allgemeine, die Ermittlung der ihnen zu Grunde liegenden gemeinsamen Ideen und Gesetze vollständig versäumt, und ich glaube kein zu hartes Urtheil auszusprechen, wenn ich behaupte, daß sie stellenweise eine Unkenntniß der elementarsten Grundsätze des römischen Formalismus an den Tag gelegt hat (s. z. B. Note 858, 859), wie man sie kaum für möglich halten sollte, und zu der das naive Sicherheitsgefühl, mit dem sie das Reconstruiren römischer Formeln betrieben hat, nur um so greller contrastirt.

Die formellen Geschäfte des älteren Rechts lassen sich am natürlichsten nach der Kategorie der mitwirkenden Personen gruppiren, und darnach gewinnen wir folgende Classen derselben:

1. Mitwirkung des Volks: Testamentum in comitiis calatis und arrogatio; im Felde Mitwirkung des Heeres: testamentum in procinctu und adoptio pro concione;[681b])
2. Mitwirkung der weltlichen Behörden; vor dem Censor: die manumissio censu (vielleicht auch Übertragung des Eigenthums durch Umschreibung); vor dem Prätor: die sämmtlichen legis actiones des Prozesses mit Ausnahme der pignoris capio; die der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Form der in jure cessio: manumissio vindicta, in adoptionem datio, emancipatio, cessio der tutela und der hereditas legitima.
3. Mitwirkung geistlicher Behörden, namentlich der Pontifices und des flamen Dialis; bei eigentlichen Civilgeschäften, wie es scheint, nur in Verbindung mit dem Volk: testamentum, arrogatio, oder mit Zeugen: confarreatio.

681b) Über letztere regelmäßig übersehene Formen s. Sueton Galba c. 17, 18 perduxit in castra ac pro concione adoptavit.

Digitized by Google

4. Mitwirkung von Zeugen,[682] und zwar von 10: confarreatio, von 5: nexum, mancipatio, coemptio, testamentum per aes et libram, und ohne Angabe der Zahl: cretio,[682a] sowie die Hausſuchung nach geſtohlenen Gegenſtänden.[682b] Über die Zuziehung derſelben zu prozeſſualiſchen Handlungen iſt nicht viel bekannt, es gehören hierher der Zeuge bei der in jus vocatio, die Zeugen bei der Litis contestatio und bei dem Scheingang auf das vindicirte Grundſtück (ex jure manum consertam vocare), hier superstites genannt.
5. Öffentliche Bekanntmachung, alſo wenn man will, Zuziehung des Publikums. Sie war in den XII Tafeln vorgeſchrieben in Bezug auf den in der Schuldhaft befindlichen Schuldner, er mußte drei Mal öffentlich ausgeſtellt werden unter Verkündigung des Schuldbetrags.[683] Die lex Cicereja ſchrieb ſie auch für die Bürgſchaft vor,[683a] und gewiß hat es noch manche andere Fälle gegeben.

---

682) Wegen der weiten Ausdehnung des Zeugengeſchäfts war die Strafe der Unfähigkeit zu demſelben eine der ſchwerſten, die das Recht verhängen konnte. Der »intestabilis« war nicht bloß unfähig bei einem ſolchen Geſchäft als Zeuge zu fungiren, ſondern auch, es in eigener Perſon vorzunehmen, und da auch im Prozeß Zeugen aufgerufen werden mußten, war er wahrſcheinlich inſoweit auch unfähig, prozeſſualiſche Handlungen mit Erfolg vorzunehmen. Enthält Plautus Curc. V, 2. 24 eine Andeutung darauf? Es wird hier Jemand aufgerufen als Zeuge bei einer in jus vocatio zu dienen, und da er ſich weigert, ſtößt der Andere den Fluch gegen ihn aus: Jupiter te male disperdat, intestatus vivito d. h. doch wohl nur: möge es Dir ebenſo gehen, und Dir Niemand (unter andern auch zu einer in jus vocatio) Zeugniß gewähren. Im neueren Recht hat der Begriff der Inteſtabilität jedenfalls eine engere Bedeutung erhalten.

682a) Varro de L. L. VI § 81 . . cernito i. e. facito videant te esse heredem itaque in cretione adhibere jubent testes. Cicero ad Attic. XIII 46 liberam cretionem testibus praesentibus.

682b) Gaj. III 186 . . testibus praesentibus.

683) Gell. XX 1 § 47 . . ad praetorem in comitium producebantur, quantaeque pecuniae judicati essent, praedicabatur.

683a) Gaj. III, 123.

Digitized by Google

6. Geschäfte ohne Mitwirkung anderer Personen als der Parteien. Das hauptsächlichste Anwendungsgebiet dieser Form ist das Obligationenrecht (Verbal- und Literalcontract). Die tutoris auctoritas läßt sich nicht als selbständige Form betrachten, da sie nur als Bestandtheil zu einem anderen hinzukommt; daß aber auch sie eine Form war, d. h. bestimmter Worte bedurfte, halte ich für zweifellos (Note 796[a]).

Die Verschiedenheit der Gestaltung dieser Formen muß die Frage nach dem Grunde derselben anregen. Derselbe ist bereits oben (S. 485) kurz angedeutet, mag hier aber noch etwas genauer ausgeführt werden. Der bestimmende Gedanke dieser Verschiedenheit ist meiner Ansicht nach das Interesse. Die Stipulation und der Literalcontract beschränken ihre Wirkungen ausschließlich auf die handelnden Personen, darum machen letztere die Sache unter einander ab. Die Geschäfte der sämmtlichen fünf übrigen Kategorien aber erstrecken ihre Wirkungen über sie hinaus, darum treten neben ihnen noch andere Personen auf. Bei einigen hat deren Zuziehung lediglich den Zweck, das Geschäft allen dabei interessirten Personen zur Kunde zu bringen, sie sind bloße Urkundspersonen (Nr. 2, 4, 5), bei anderen (Nr. 1, 3) soll diese Zuziehung ihnen selbst Gelegenheit geben, die Interessen, die sie zu vertreten haben, rechtzeitig zu wahren, ein ihnen zustehendes Widerspruchsrecht gegen das Geschäft geltend zu machen.[683b])

Aus der obigen Zusammenstellung ergibt sich, daß die Zahl der selbständigen Formen des älteren Rechts nicht gerade groß war. Die weitaus bedeutendste Stelle unter ihnen nehmen die mancipatio, in jure cessio und stipulatio ein. Denn während die übrigen sich auf einzelne bestimmte Geschäfte beschränken, so sind sie gewissermaßen abstracte, der mannigfaltigsten Anwendung fähige Grundformen, und gerade auf dieser ihrer ausgedehnten Brauchbarkeit beruht es, daß das ältere Recht mit verhältnißmäßig so wenig Formen ausreichte — ein Vorzug, den ich nach

683b) In Bezug auf das Testament verweise ich auf I, 145 fl.

Digitized by Google

meinen früheren Ausführungen (S. 329) hier nicht weiter zu begründen brauche. Wir wollen diese drei Geschäfte einer näheren Betrachtung unterziehen.

Bei allen dreien spielt ein Begriff eine große Rolle, den wir bisher noch keine Gelegenheit gefunden haben genauer zu erörtern, der des Scheingeschäfts.[683c]) Die mancipatio wird uns als »imaginaria venditio« charakterisirt;[684]) in dem testamentum per aes et libram wird sogar die mancipatio selber wieder »dicis causa« verwandt[684a]) — das Scheingeschäft zur zweiten Potenz erhoben! Die in jure cessio war eine Scheinvindication. Die Stipulation war zwar kein Scheingeschäft, aber in der sponsio praejudicialis des römischen Prozesses functionirte auch sie als solches, und so wird es sich rechtfertigen, wenn wir uns über einen Begriff, dem wir hier bei jedem Schritt und Tritt begegnen, vorher verständigen.

„Zum Scheine handeln" (dicis causa) bildet den Gegensatz zum „ernstlichen Handeln", es ist ein äußeres Handeln, Reden, dem die innere Absicht nicht entspricht, es ist also ein Begriff, der auf jedes Handeln, nicht bloß auf das juristische Anwendung findet. Bei dem Rechtsgeschäft besteht der Mangel der inneren Absicht in der intendirten Ausschließung der an dasselbe geknüpften rechtlichen Wirkungen — ein Erfolg, der nur durch Einverständniß mit der Gegenpartei möglich ist. Hierauf beruht der Begriff des simulirten Rechtsgeschäfts. Ein Beispiel gewährt die Einkleidung einer Schenkung in die Form eines Kaufes. Nicht zu verwechseln mit demselben ist ein Verhältniß, das mit ihm auf den ersten Blick große Ähnlichkeit hat, nämlich die Eingehung eines Rechtsgeschäfts lediglich in der Absicht, um einzelne vielleicht ganz secundäre Wirkungen desselben zu erzielen.[685]) Als Licinius

683c) S. jetzt die im wesentlichen sich der obigen Darstellung anschließende Ausführung von Degenkolb, Zeitschr. f. R. G. B. 9 S. 128—130.

684) Gaj. I, 119.

684a) Ulp. XX, 2 per mancipationem imaginariam.

685) Eine eingehendere Behandlung dieses Verhältnisses s. B. 4 § 57.

Digitized by Google

Stolo seinen Sohn emancipirte, um den Bestimmungen seines eigenen Gesetzes, der Lex Licinia de modo agri, zu entgehen (S. 469), nahm er kein Scheingeschäft im juristischen Sinn vor, denn der Sohn war und blieb frei. Es fehlte dem Genannten nicht an dem für die juristische Würdigung allein in Betracht kommenden rechtlichen Willen, wohl aber an der ächten ethischen Gesinnung; er nahm die Emancipation nicht ihrer selbst willen vor, sondern wegen secundärer daran geknüpfter Vortheile, es war ein sittlicher Mißbrauch des Familienverhältnisses zum Zweck der Umgehung seines eigenen Gesetzes, und darum ward er, obschon vor dem Gesetz nicht schuldig, doch von dem souveränen Volk verurtheilt.

Von dem simulirten Geschäft unterscheide ich das Scheingeschäft im technischen Sinn — ein Unterschied, auf den ich § 58 genauer werde zurückkommen müssen, und der hier nur kurz angedeutet werden mag. Das simulirte Geschäft ist rein das Werk der Parteien, es erschöpft seine Wirksamkeit, insoweit derselben kein rechtliches Hinderniß im Wege steht, an dem einzelnen Fall. Das Scheingeschäft dagegen war eine Schöpfung des Verkehrs oder der Jurisprudenz, es war eine recipirte Geschäftsform. Historisch mag das Scheingeschäft vielfach nichts anderes gewesen sein als der gewohnheitsrechtliche Niederschlag von einem zur Regel gewordenen und von der Rechtssprechung geduldeten simulirten Geschäft. Manche dieser Geschäftsformen sind gewiß aber auch von vornherein von den römischen Juristen als solche erfunden und eingeführt. In dem einen wie in dem andern Fall verdankte das Scheingeschäft seine Einführung einem bestimmten praktischen Zweck, es war etwas absichtlich Gemachtes, es war als Scheingeschäft, wenn ich so sagen darf, zur Welt gekommen. Wir wollen diese Scheingeschäfte als originäre bezeichnen. Den Gegensatz zu ihnen bilden die uns von früher her (S. 509 fl.) bereits bekannten residuären Scheingeschäfte, welche nur das Caput mortuum früherer ernstlicher Akte sind, lediglich der historischen Vis inertiä ihren Fortbestand verdanken, keine prak-

Digitized by Google

tischen Zwecke verfolgen, sondern bloß eine historische Reminiscenz wach erhalten.

Das Scheingeschäft enthielt für die ältere Jurisprudenz ein eigenthümliches Problem. Einerseits nämlich sollte der Schein wirklich vorhanden sein. Der zu erreichende Erfolg durfte dem äußeren Hergang nicht geradezu Hohn sprechen, man mußte das äußere Dekorum bis zu einem gewissen Grade wahren — wie bei jeder Comödie so durfte auch bei dieser juristischen die Illusion nicht gänzlich fehlen. Der Einfluß, den die Jurisprudenz dieser Rücksicht zugestanden, tritt in manchen Spuren unverkennbar hervor. Zunächst verstand es sich wohl von selbst, daß das Geschäft sich nicht selbst als Scheingeschäft bezeichnen durfte. Bei der sponsio praejudicialis[686]) sollte die Summe nicht in Wirklichkeit ausgezahlt werden, allein gesagt werden durfte dies nicht — Stipulation und Urtheil lauteten auf Verpflichtung zur Zahlung.

Wenn eine mancipatio, coemptio, in jure cessio fiduciae causa vorgenommen ward, so sollte der Empfänger die Person oder Sache nicht wirklich haben und behalten, wie in anderen Fällen, sondern sie je nach getroffener Vereinbarung restituiren. Allein diese Vereinbarung hatte in dem Geschäft selber (in der nuncupatio) keinen Platz, sie widersprach dem Zweck desselben; der einfach natürlichen Vorstellungsweise wollte es nicht in den Sinn, da einen Erwerb anzunehmen, wo man darüber einverstanden war, daß die Sache zurückgegeben werden solle. Die Verab-

686) Um über irgend eine Frage z. B. ob Jemand der nächste Verwandte, Eigenthümer sei, dies oder jenes gethan habe u. s. w. einen richterlichen Ausspruch zu erwirken, schloß man eine Stipulation ab, worin der Eine dem Andern unter der Bedingung, daß die (zur richterlichen Untersuchung verstellte) Thatsache wahr sei, eine beliebige Summe versprach. Diese Summe ward eingeklagt und dadurch der Richter gezwungen, die Bedingung zu untersuchen und mittelbar, indem er den Beklagten verurtheilte oder freisprach, über das Dasein oder Nichtdasein der Thatsache zu entscheiden; aber die Summe ward hinterher nicht eingefordert. Was man hier wollte, sagte man nicht, und was man sagte, wollte man nicht. Gaj. IV, 93. 94. s. oben S. 86. Keller, Civilprozeß § 25, 26.

Digitized by Google

redung konnte also wie bei der sponsio praejudicialis und wie auch heutzutage bei jedem simulirten Geschäft nur nebenbei d. h. außerhalb des eigentlichen Geschäfts getroffen werden.[687]) Darauf beruht der Begriff der fiducia oder des fiduciae causa abgeschlossenen Geschäfts. So erklärt es sich, daß die fiducia nur eine bonae fidei actio erzeugte, ungeachtet jene Geschäfte selbst dem strictum jus angehörten. Hätte diese Nebenberedung einen integrirenden Bestandtheil derselben gebildet, so würde die in den XII Tafeln ausgesprochene Anerkennung aller Nebenberedungen (Cum nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncupassit, ita jus esto) sich auch auf sie erstreckt haben. Eben aus diesem Grunde aber theilte die fiducia Jahrhunderte lang das Schicksal aller anderen Verhältnisse der bona fides, d. h. ihre Wirksamkeit beruht lediglich auf der fides des Gegners, beziehungsweise wie bei einigen anderen derselben auf der Furcht desselben vor der im Fall der Wortbrüchigkeit eintretenden Infamie; das Recht gab aus derselben keine Klage.[687a]) So erklärt es sich ferner, warum die fiducia auf die solennen Rechtsgeschäfte beschränkt war, ungeachtet Verträge desselben Inhalts ebensowohl bei der Tradition vorkommen konnten. Bei letzterer fiel das in der Form gelegene Hinderniß hinweg, sie hatten, soweit sie juristisch möglich waren,

687) Besonders schlagend tritt dies hervor bei der in jure cessio. Wo hätte hier in der Vindicationsformel der Nebenvertrag stehen sollen? Welche juristische Monstrosität hätte darin gelegen! Für die mancipatio steht die Sache um nichts anders, und es ist keine bloße Vergessenheit, wenn Gaj. I, 132 bei Beschreibung der dreimaligen Mancipation des Sohnes das pactum fiduciae gar nicht erwähnt; es trat im Akt selbst gar nicht hervor. Das Kriterium des fiduciae causa geschlossenen Geschäfts lag lediglich in seinem Zweck, nicht in der Form, daher auch die Bezeichnung desselben nach diesem Moment: fiduciae causa mancipare, coemptionem facere u. s. w. Hieraus ergibt sich, wie derartige Wendungen wie res mancipatur, ut eam mancipanti remancipet (Boethius ad Cic. Top. c. 10. Orelli p. 340) quem pater ea lege mancipio dedit, ut sibi remancipetur (Gaj. I, 140) zu verstehen sind.

687a) Meine Schrift über das Schuldmoment im römischen Privatrecht. Gießen 1867. S. 29—36.

Digitized by Google

Platz im Geschäft selbst und bildeten nicht einen Vertrag neben demselben, sondern einen integrirenden Bestandtheil des Geschäfts selber.[688])

Einen ferneren Ausfluß des obigen Gesichtspunkts finde ich in einer Erscheinung, die sich auf andere Weise schwerlich wird erklären lassen. Es geht aus verschiedenen Andeutungen hervor, daß das als Durchgangsstadium für gewisse Zwecke, also Scheines halber benutzte Verhältniß des mancipium und der manus[689]) nicht, wie man geneigt sein könnte zu glauben, regelmäßig bloß einen Moment bestanden hat, sondern sich über eine gewisse Zeit, über deren Kürze oder Länge wir nichts weiteres wissen, ausdehnen konnte.[690]) Da nun dies Durchgangsver-

---

688) Die im Text gegebene Deutung ist von den Römern selbst nirgends ausdrücklich ausgesprochen, sie gehört zu den Dingen, die man nur finden kann, wenn man zwischen den Zeilen liest. Die herrschende Ansicht macht die Nebenberedung zu einem Bestandtheil des Geschäfts selber, so z. B. Huschke, Recht des Nexum S. 76 „weil dies Geschäft (fiducia) auf Mancipation beruhte" und S. 117 „er gab das Grundstück zur fiducia mit der nuncupatio"; Dernburg Pfandrecht I S. 9 — in meinen Augen eine rechtshistorische Ungeheuerlichkeit. — Seit dem Erscheinen der zweiten Auflage dieses Bandes (1869) hat meine im Text vertheidigte Ansicht eine äußere Bestätigung erhalten durch die in Spanien aufgefundene Erztafel (mitgetheilt in dem Corp. inscr. latin. II p. 700 und von Degenkolb in der Zeitschr. f. R. G. B. 9. S. 118, 119), auf der der Vertrag ausdrücklich als »pactum conventum« d. h. als formloser Nebenvertrag bezeichnet wird, s. Degenkolb a. a. O. S. 171—179.

689) Das erstere zum Zweck der in adoptionem datio und emancipatio (Gaj. I, 132), das letztere mit späterem mancipium und Freilassung aus demselben 1. zum Zweck des Wechsels der tutores legitimi (Gaj. I, 115); 2. zur Erlangung der Testirfähigkeit (Gaj. I, 115a); 3. zur Befreiung von den sacris (Cic. pro Murena c. 12). B. 4 § 58.

690) So z. B. Gaj. I, 135 . . .: qui ex eo filio conceptus est, qui in tertia mancipatione est. Der § 115b hätte sonst gar keinen Sinn, ebenso § 118 . . . nec ob id filiae loco sit; ferner § 132 . . . etiamsi nondum manumissus sit, sed adhuc in causa mancipii, und noch weniger die Bemerkung: sed in usu est eidem mancipari und die Wiederholung derselben in Anwendung auf die dritte Mancipation. So auch Gaj. II, 41. Darauf scheinen auch die »circumductiones inextricabiles« hinzudeuten,

Digitized by Google

hältniß ein reines Mittel zum Zweck war, so läßt sich durchaus nicht begreifen, aus welchem praktischen Grunde man demselben irgend welche Dauer hätte einräumen, und warum man nicht vielmehr z. B. die Emancipation eines Sohnes mit ihren dreimaligen Mancipationen und Freilassungen im Lauf eines einzigen Tags hätte beschaffen sollen. Allein so sehr es sich hier auch nur um Schein-Akte und Schein-Verhältnisse handelte, so durften doch selbst sie nicht in eine reine Farce ausarten; es lag in der römischen Weise, auch eine Comödie mit einem gewissen Ernst und Anstand aufzuführen, jenen Schein-Verhältnissen also den Schein einer Existenz einzuräumen.[691])

Wie rücksichtlich der äußern Form, so mußte man auch rücksichtlich der innern juristischen Natur des zum Scheingeschäft verwandten Geschäfts eine gewisse Rücksicht beobachten. So konnte man z. B. die in jure cessio nicht auf Verhältnisse anwenden, bei denen eine Vindication undenkbar war, noch auch sie auf Peregrinen ausdehnen.[691a]) In einem Fall allerdings wage ich nicht zu behaupten, daß diese Gränzen inne gehalten sind, nämlich bei dem testam. per aes et libram. Eine Mancipation, die das gesammte Vermögen übertragen sollte mit Schulden und Forderungen, und die es noch dazu nicht sofort und unwiderruflich, sondern erst in der Zukunft und unter einer (stillschweigenden) Bedingung thun sollte, und aus der ferner dritte Personen, die Legatare, Rechte ableiten konnten — ein solches Geschäft war keine mancipatio mehr, sondern in der That etwas völlig Anderes geworden.

---

welche Justinian in L. 6 Cod. de emanc. (8. 49) an dem Ritual der Emancipation auszusetzen hat.

691) Beobachtet man doch auch heutzutage bei dem unvermeidlichen Avancement eines Prinzen vom gemeinen Soldaten zum General gewisse Zwischenräume, ungeachtet die Mittelstufen auch hier keine ernstere Bedeutung haben als bei der Emancipation eines römischen Hausſohnes, und zur Noth ebenfalls in einen Tag zusammengedrängt werden könnten. Daß letzteres in der That in späterer Zeit möglich war, zeigt Paul. S. R. II 25 § 2.

691a) Gaj. II 65 . . in jure cessionis jus proprium est civium romanorum.

Digitized by Google

Aber eben dieses Beispiel ist recht geeignet, uns die Eigenthümlichkeit der Lage, in der sich die Jurisprudenz bei der Gestaltung des Scheingeschäfts befand, zu veranschaulichen. Der obigen Rücksicht stand auf der andern Seite eine ungleich dringlichere, die auf den praktischen Zweck des Rechtsgeschäfts gegenüber. Man konnte letzteren nicht der bloßen Form zum Opfer bringen, sich nicht Consequenzen derselben gefallen lassen, die mit dem beabsichtigten Zweck des Geschäfts im Widerspruch standen. So galt es hier denn möglichst zwischen Form und Inhalt zu vermitteln, d. h. soweit dies ohne wesentliche Gefährdung wichtigerer Interessen möglich war, die Form, darüber hinaus aber die Sache zur Geltung zu bringen.

Dieses eigenthümliche Transactionssystem zwischen dem formal technischen und dem praktischen Interesse läßt sich aus den uns erhaltenen Beispielen von Scheingeschäften des älteren Rechts mit Sicherheit erkennen.

Zunächst zwei Beispiele, wo die Form den Sieg davontrug. Personen in der Gewalt konnten ihrem Herrn durch Rechtsgeschäft keine Personal- und Urbanalservituten erwerben, wohl aber Rusticalservituten.[692]) Ein seltsamer Satz! Besäßen wir nicht die Lösung des Räthsels, vergebens würden wir uns an demselben abmühen, denn vom Standpunkt des materiellen Rechts aus ist der Satz schlechterdings nicht begreiflich. Die Lösung liegt in Folgendem. Rusticalservituten waren res mancipi, Urbanalservituten res nec mancipi, jene konnten durch mancipatio, diese nur durch in jure cessio erworben werden, jenen Akt konnten auch Personen in der Gewalt vornehmen,[693]) diesen nicht. Warum

692) L. 12 de Serv. (8. 1) Vat. fr. § 51.

693) Gaj. II § 87. III § 167. Vat. fr. § 51. — Mußten sie die dabei zu sprechenden Worte auf den Herrn stellen? Daß es möglich war und zwar mit individueller Bezeichnung desselben (»nomen adjectum«), zeigt der citirte § 167 von Gajus. Als Gegensatz zu dieser individuellen Bezeichnung können wir uns ebensowohl die Stellung der Formel auf den Herrn mit abstracter Bezeichnung desselben (ajo rem domini esse) als auf den Sprechenden selbst (ajo rem meam esse) denken. Letztere Fassung hätte eine Un-

Digitized by Google

nicht? Weil er eine Scheinvindication war, die Vindication aber für diese Personen, da sie nichts Eigenes haben konnten, eine Unmöglichkeit enthielt. Ganz consequent vom Standpunkt der Form aus, allein dem materiellen Wesen des Rechtsgeschäfts als eines Erwerbsaktes durchaus nicht entsprechend. So kam das wunderliche Resultat heraus, daß jene Personen ihrem Herrn durch letztwillige Verfügung eines Dritten auch diese Rechte erwerben konnten,[694]) nicht aber durch Rechtsgeschäft; daß sie Erbschaften für ihn antreten, Landgüter und alle möglichen Sachen und auch die wichtigsten der Servituten ihm verschaffen konnten, nicht aber die minder wichtigen derselben. Eben darin aber, daß es minder wichtige Rechte waren, mag der Grund gelegen haben, daß man hier von dem, was die Consequenz der Form mit sich brachte, nicht abging.

Das zweite Beispiel ist folgendes. Bei dem Testament durften alle mit dem familiae emtor durch das Band der väterlichen Gewalt verbundenen Personen (Söhne, Brüder, Vater) nicht als Zeugen fungiren,[695]) wohl aber die eingesetzten Erben und Legatare und alle ihnen in derselben Weise verbundenen Personen.[696]) Warum? Das Testament war formell ein Geschäft zwischen Testator und familiae emtor. Ursprünglich, so lange man noch dem Erben selbst die Familia mancipirte, hatte der Satz Sinn, allein als dies aufhörte, ward er wahrhaft sinnlos und zwar nach beiden Seiten hin. Nach Seiten des familiae emtor — denn welches

genauigkeit oder richtiger Unwahrheit enthalten, denn cum istarum personarum nihil suum esse possit, conveniens est scilicet ut nihil (suum esse) in jure vindicare possint, Gaj. II, 96 und können wir hinzusetzen: ut nihil suo nomine mancipio accipere possint.

694) Vat. fragm. § 51.

695) Gaj. II, § 105, 106: domesticum testimonium. Ulp. XX § 3—5.

696) Gaj. II, 108 Cic. pro Milone c. 18. Wenn Ulpian in l. 20 pr. qui test. (28. 1) den Erben ausschließt, so stimmt dies nicht zu der Art, wie er in seinen Fragmenten XX 3—5 über die Frage sich äußert, und die Ansicht, welche die Stelle für interpolirt erklärt (Glück Commentar B. 34 S. 249), hat daher einen guten Grund.

Digitized by Google

Intereſſe hatte er am Teſtament, welches das Zeugniß ſeiner Verwandten hätte verdächtigen können? Nach Seiten des Erben — denn bei ihm lag umgekehrt ein ſolches Intereſſe vor. Man hatte alſo der Form zu Liebe das wahre Verhältniß völlig verſchoben, den an ſich richtigen Begriff des domesticum testimonium durch verkehrte Anwendung um allen Werth gebracht.[697]) In der erſten Richtung knüpfte ſich freilich an dieſen Mißgriff kein irgendwie erhebliches Intereſſe, man fand Zeugen genug, um jene Beſchränkung nicht zu fühlen; die Conceſſion, die man hier der Form machte, war alſo durchaus harmloſer Natur. Ganz anders jedoch in der zweiten Richtung, denn wenn irgend Jemand, ſo mußten gerade die genannten Perſonen ausgeſchloſſen werden. Die römiſche Jurisprudenz befand ſich hier in der Verlegenheit, welche die heutige freilich auch oft genug empfindet — oder richtiger vielleicht: nicht empfindet — einen Rechtsſatz lehren zu müſſen, gegen den ihr geſundes Gefühl ſich auflehnte. Sie ſuchte ſich dadurch zu helfen, daß ſie gegen die wirkliche praktiſche Benutzung desſelben aufs angelegentlichſte warnte.[698])

Während nun dieſe beiden Beiſpiele der Anſicht Raum geben könnten, als ob die ältere Jurisprudenz bei dem Scheingeſchäft ſich rückſichtslos an die Conſequenz der Form gehalten hätte, werden die folgenden ſie gegen dieſen Vorwurf ſicher ſtellen und uns die Überzeugung gewähren, daß ſie auch hier denſelben Charakterzug wie bei der Interpretation der Geſetze (S. 462) bewährt hat, nämlich daß ſie die Form, beziehungsweiſe den Buchſtaben reſpectirte, ſo lange kein ernſteres praktiſches Intereſſe zur Frage ſtand, entgegengeſetzten Falls aber ſich von ihnen losſagte.

Wollte man ſich bei der Theorie der in jure cessio ſtreng an das Vorbild der Vindication halten, ſo mußte man ſie in allen Fällen geſtatten, wo letztere Statt fand. Allein der wirkliche

697) Der Tadel, den Juſtinian in § 10 I. de test. ord. (2. 10) darüber ausſpricht, daß das ganze Recht hier auf den Kopf geſtellt worden ſei (totum jus conturbatum erat), war daher ganz treffend.

698) So Gaj. II § 108 sed tamen .. minime hoc jure uti debemus.

Digitized by Google

Spielraum, den man der in jure cessio gönnte, war ungleich enger; nicht die abstracte Consequenz, sondern die Erwägung des wahren Bedürfnisses steckte ihn ab. Eine Erbschaft vindiciren konnte der testamentarische Erbe so gut als der Intestat-Erbe; sie mit voller Wirkung in jure cediren nur der heres legitimus, und dies auch nur vor geschehener Antretung.[699]) Die Tutel vindiciren konnte jeder Tutor; sie cediren nur der tutor legitimus einer Frau.[700])

Die wirkliche Manus verschaffte dem Manne das gesammte Vermögen der Frau und letzterer ein Erbrecht an seinem Nachlaß, beides fiel bei der Scheinmanus hinweg,[701]) es sei denn, daß dieselbe mit dem Manne selbst eingegangen war;[702]) das eine so angemessen, wie das andere. Das ernstlich vom Vater verkaufte Kind ward mit Ablauf der Censusperiode frei (S. 184), das zum Schein verkaufte mußte ihm zurück mancipirt werden.[703]) Eine Sache, die man ernstlich mancipirt oder in jure cedirt hatte, konnte man, wenn man selber im Besitz blieb, nicht ohne Titel usucapiren, wohl aber diejenige, welche man fiduciae causa veräußert hatte.[704]) Eine Frau konnte Zahlung annehmen ohne tutoris auctoritas, nicht aber acceptiliren, obschon doch die acceptilatio als imaginaria solutio galt.[704a])

Ich wende mich jetzt den drei oben bezeichneten Rechtsgeschäften zu.

Die mancipatio, der solenne Verkauf[705]) einer res mancipi

---

699) Gaj. II, 34—36.

700) Gaj. I, 168. Ulp. XI, 6. 8. 17. Die tutela cessitia ist auch im übrigen ein redendes Zeugniß für die Behauptung im Text, s. Ulp. XI, 7.

701) Über jenes Gaj. II, 98, über dieses Gaj. I, 118 verb. nec ob id filiae loco sit und 115b.

702) Gaj. I, 115b.

703) Gaj. I, 140.

704) Gaj. II, 59, 60.

704a) Gaj. III, 171.

705) Gaj. I, 119 imaginaria venditio. Plin. H. N. XXXIII, 13 in his emtionibus quae mancipi sunt.

Digitized by Google

per aes et libram, beruht auf der gleichzeitigen Darstellung der beiden Elemente des Kaufs: der Leistung der Sache und der Zahlung des Kaufpreises, und zwar ist diese Darstellung in der Gestalt, in der uns diese Form überliefert ist, nach beiden Seiten hin zu einer bloßen Förmlichkeit geworden. Die Zahlung — denn das äußere Gepränge derselben: die Wagschale mit dem libripens, der sie hält, deutet auf die älteste Gestalt ihrer Vornahme durch Zuwägen hin; an die Stelle desselben ist im Mancipationsritual das Schlagen der Wagschale mit einem Stücke Erz oder mit einer Kupfermünze[705a]) und die Hingabe desselben getreten. Ob außerdem, sei es vorher oder nachher, eine wirkliche oder, wie bei der Schenkung und der fiduciarischen Mancipation gar keine Zahlung erfolgte, war für die Wirkung der mancipatio gleichgültig. Die Leistung — denn die Sache brauchte nicht wirklich übergeben zu werden, sondern sie ward nur ergriffen (manucapitur = mancipatur), sie konnte also immerhin im Besitz des Gebers verbleiben, wie dies bei der Fiducia sehr häufig geschah. Dieser beiden Elemente des Akts hat die Formel, die der Empfänger zu sprechen hat, zu gedenken, des einen mit den Worten: hunc ego hominem (fundum u. s. w.) ex jure Quiritium meum esse ajo, des anderen mit den Worten: isque mihi emptus est[706]) hoc aere aeneaque libra.

705a) Gaj. l. c. hat aes, Festus sub rodus den »as« und das »aes signatum«.

706) In dieser Fassung mit est, nicht mit esto wird die Formel von drei verschiedenen Gewährsmännern angegeben: Gaj. I, 119 und mit ausdrücklicher Bezugnahme auf ihn von Boethius ad Cic. Top. c. 5 (Orell. 322) und Paulus in den Vat. fr. § 50. Schon dieser Umstand hätte Huschke Nexum S. 23 abhalten sollen, diese Lesart zu verdächtigen und wegen Gaj. II, 104 (wo das esto vielleicht mit der imperativischen Form der Testamente zusammenhängt) und III, 167 (wo das emta estohaere vielleicht aus est hoc aere entstanden ist) das esto in jene andere Stelle hineinzuemendiren. Das für die Kritik des Gajus so wichtige Zeugniß von Boethius hat er freilich ganz übersehen. Über die innere Unwahrscheinlichkeit seiner Conjectur s. den folgenden Paragraph. — (In seiner seit der ersten Auflage dieses Bandes erschienenen Jurispr. antej. hat er jene Ansicht stillschweigend zurückgenom-

Digitized by Google

Vor Einführung des gemünzten Geldes blieb für die Beschaffung einer Geldzahlung nichts übrig, als das Metall zu wägen, und daß man dazu, da es sich nicht bloß um das Halten der Wage, sondern um genaues, richtiges Abwägen handelte, einen dritten Unparteiischen (libripens) zuzog, daß man sodann das Metall nicht bloß wog, sondern auch an Ton und Klang seine Ächtheit darthat[707]) (aere percutere libram), wozu der Zahlende durch die Formel: rauducculo libram ferito[708])

---

men, während jetzt Studemund bei seiner Vergleichung der Handschrift des Gajus hinter dem die Zeile schließenden est noch ein kleines o wahrgenommen haben will; s. darüber § 47b hinter Note 823 im Text.)

707) Der verstorbene J. Christiansen hat mit großer Hartnäckigkeit daran festgehalten, daß das Schlagen des Erzes an die Wagschale nur ein Zeichen der Perfection des Vertrages gewesen sei. S. dessen Wissenschaft der röm. Rechtsgesch. B. 1 S. 147 fl. und Institutionen S. 566 fl. Als ob man darum erst hätte eine Wagschale requiriren sollen! Es ist zu leicht, diese Grille zu perfisiren, als daß ich mich der Versuchung hingeben möchte. Über die vermeintliche Unerklärlichkeit des libram percutere aere hätte ihm auch unser heutiges Leben Aufklärung geben können. Wer hätte es nicht schon gesehen, wie man Geldstücke zweifelhafter Ächtheit am Klange, also durch ein percutere prüft? — Wenn Leist, Mancipation und Eigenthumstradition S. 140 Note 7 fragt: „was soll die Prüfung der Ächtheit bei dem Erzstückchen, von dem von vornherein feststand, daß es nur die imago des Wirklichen sei?" so verweise ich ihn auf die von ihm selber in Bezug genommene Sitte, das wirkliche Zahlgeld (den Denar) durch den Klang zu prüfen. Sollte man ihre Prüfung bei dem ungeprägten Metall der alten Zeit weniger für nöthig gehalten haben als bei dem geprägten? Wenn man den Zahlakt der alten Zeit darstellen wollte, warum hätte man gerade diesen Bestandtheil desselben fallen lassen sollen, anstatt sich auch hier, wie dieser Schriftsteller sonst es verlangt, „an die imago des Wirklichen" zu halten?

708) Fest. Rodus. Ruducculum (bei Varro de L. L. V. 163 rauducculum) hieß, wie Festus hier bemerkt, unverarbeitetes Metall, und der Ausdruck ward in bekannter römischer Weise auch dann noch beibehalten, als man sich statt dessen der Bequemlichkeit wegen eines Asses bediente. — Daß der Libripens sprechen mußte, ist für die Testamentserrichtung dadurch bezeugt, daß er nicht stumm sein durfte Ulp. XX, 7. Wir werden schwerlich fehlgreifen, wenn wir ihm jene Aufforderung in den Mund legen. — Wenn es in alter Zeit Sache des libripens war zu wägen, so wird er dazu nicht die Partei aufgefordert haben, jene Formel kann sich also nicht auf Vornahme

Digitized by Google

aufgefordert ward — das, sage ich, ist so einfach und natürlich, daß es eben darum vielleicht den Widerspruch herausgefordert hat.

Als das gemünzte Geld aufkam, hätte man sich die Wagschale und das Wägen ersparen können, und gewiß wird dies auch für gewöhnliche Geldzahlungen, wie z. B. bei dem einfachen Darlehn (im Gegensatz zum Nexum), bei Steuerzahlungen[709]) u. s. w., schnell Sitte geworden sein; bei der mancipatio und dem nexum dagegen blieb die alte Form als reſiduäres Scheingeschäft bestehen.

Die Gestalt eines von beiden Seiten sofort erfüllten Kaufcontracts, welche die mancipatio an sich trägt, kann nicht die ursprüngliche gewesen sein, sie datirt erst aus einer Zeit, als das Metall allgemeines Zahlmittel geworden war. So hoch man diese Zeit auch ins römische Alterthum hinaufrücken mag, dem Kauf ist auch in Rom der Tausch vorausgegangen,[710]) d. h. also eine Eigenthumsübertragung ohne aes et libra. Wenn ich nun für diese Eigenthumsübertragung bei der res mancipi dieselbe Solennität postulire, wie sie im übrigen die mancipatio an sich trägt, d. h. Gegenwart der Parteien und der Sache, Mitwirkung der Zeugen, Aussprechen der Eigenthumsformel (hanc rem meam esse ajo) und Ergreifen der Sache, so ist dies allerdings eine durch kein äußeres Argument unterstützte Hypothese, allein ich weiß nicht, wie man sich ihr Angesichts des das älteste Recht beherrschenden Formalismus entziehen will. Ob bei dieser älte-

---

des Wägens, sondern nur auf die Constatirung der Ächtheit des Metalls bezogen haben.

709) Im Tempel des Saturn blieb freilich nach wie vor die Wagschale hängen. Varro de L. L. V, 183: Per trutinam solvi solitum vestigium etiam nunc manet in aede Saturni, quod ea etiam nunc propter pensuram habet trutinam positam.

710) Von den römischen Juristen anerkannt: § 2 I. de emt. (3. 23) eamque speciem emtionis et venditionis vetustissimam esse. L. 1 pr. de cont. emt. (18. 1).

Digitized by Google

sten Form der mancipatio stets Sachen um Sachen mit einem Zuge umgetauscht wurden, oder ob nicht auch eine Sache selbständig für sich allein übergeben werden konnte, darüber wage ich keine Muthmaßung zu äußern, jedenfalls aber kann auch beim Tausch das Geschäft nur aus zwei separaten Mancipationen bestanden haben, d. h. jeder Theil mußte die Sache ergreifen und die Worte: rem meam esse ajo sprechen. Wie kam nun der Akt der Zahlung in das Ritual der Mancipation hinein? Als das Metall mehr und mehr allgemeines Zahlmittel ward, und der Kauf den Tausch zurückdrängte, fand naturgemäß auch eine Art des Handels Eingang, die beim Tausch zu den größten Seltenheiten gehört: Leistung von der einen ohne sofortige Gegenleistung von der anderen Seite, d. i. beim Kauf das Creditiren des Kaufpreises. Für diesen letzteren Fall bestimmten nun die XII Tafeln [711]) vielleicht nur im Anschluß an das Gewohnheitsrecht, daß das Eigenthum an gekauften Sachen nicht früher übergehen solle, bis der Kaufpreis bezahlt sei. Für die Sicherheit des Verkehrs war dieser Satz nicht unbedenklich. Wer gekauft und den Kaufpreis wirklich bezahlt hatte, mußte letzteres, wenn es ihm bei der Vindication der Sache von einem Dritten bestritten ward, erst beweisen, und selbst derjenige, welcher durch Tausch oder Schenkung die Sache erworben hatte, mußte auf den Einwand gefaßt sein, daß er die Sache gekauft, aber nicht bezahlt habe. Dieser Gefahr gegenüber gab es kein wirksameres Mittel, [711a]) als dem Erforderniß der Zahlung sofort bei der mancipatio insoweit Genüge zu leisten, daß jeder Widerspruch gegen die Wirksamkeit der Eigenthumsübertragung dadurch abgeschnitten ward, d. h. der Empfänger nahm das Äußerliche zur Zahlung per aes et libram vor und constatirte sie wörtlich durch einen darauf gerichteten Passus (isque mihi emtus est hoc aere aeneaque libra).

711) § 41 I. de R. D. (2. 1).

711a) Aus Exner, Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition S. 346 entnehme ich, daß schon Heineccius derselben Ansicht gewesen ist.

Digitized by Google

Wenn der Gegner dazu schwieg, also die Zahlung als gültig geschehen anerkannte, so hatte Niemand sie zu bemängeln; die Frage von der wirklichen Beschaffung und Sicherung der Zahlung war zu einer rein relativen unter beiden Parteien gemacht, ihre absolute Bedeutung für den Eigenthumsübergang aber damit beseitigt.[711b]) Die Form dieser Scheinzahlung ergab sich von selbst. Wirkliche Zahlungen bewerkstelligte man damals nicht mehr durch Wägen, sondern durch Zählen; das Wägen, die aes et libra, galt schon damals als Ausdruck einer bloßen Scheinzahlung.

Die im Bisherigen vorgetragene Hypothese findet meines Erachtens eine Unterstützung in der Composition des Mancipationsformulars.[711c]) Welche seltsame Ordnung: zuerst wird der Eigenthumsübergang constatirt und dann erst der Kauf[712]) und die Zahlung! Gerade bei der logischen Peinlichkeit, mit der die alten Formeln abgefaßt sind (§ 47b), hat diese Umstellung etwas höchst Auffälliges. Sie wiederholt sich in den beiden entsprechenden Handlungen: erst geschieht das Ergreifen der Sache mit der

---

711b) In ähnlicher Weise wie es sich früher beim Wechsel mit der Clausel „Valuta erhalten" verhielt. Auch der Wechsel war ursprünglich ein Kaufcontract, und auch bei ihm war die Einrede des nicht gezahlten Kaufpreises zu befürchten. Jene Clausel beseitigte diesen Einwand für den Wechsel absolut, aber das unterliegende Geschäft, der Anspruch des Wechselverkäufers auf wirkliche Zahlung ward dadurch nicht berührt.

711c) In der ersten Ausgabe hatte ich aus der Verschiedenheit der Fassung der beiden Glieder desselben: ajo .. meum esse isque mihi emptus est ein Argument entnehmen wollen und gefragt, warum nicht, wenn die Formel von Anfang an als eine einheitliche componirt worden sei, auch das zweite Glied in den Accusativ cum Infinitiv gestellt worden sei. Meine eigenen Untersuchungen über die Sprache der römischen Formeln haben mir später darauf die Antwort ertheilt; s. § 47b (bei Gelegenheit der Regeln über den Gebrauch des Indicativs).

712) Daß emere ursprünglich etwas anderes bedeutet hat als kaufen (B. 1 S. 110 Anm. 12), was namentlich zu dem Zweck geltend gemacht worden ist, um die Auffassung der mancipatio als eines Scheinkaufes abzuwehren, kann man gern zugeben, ohne sich den Schluß gefallen lassen zu müssen; jene Auffassung stützt sich nicht bloß auf das Wort emere, sondern auf emere hoc aere d. h. kaufen.

Digitized by Google

Hand und dann erst die Übergabe des Preises. Die mancipatio beginnt mit dem Ergreifen und dem ihm entsprechenden Theil der Formel, weil dies der eigenthümliche Kern und ursprüngliche Stamm der mancipatio, also das Principale ist, das Zahlen aber und der entsprechende Theil der Formel bekommt als neuerer Zusatz und bloßes Accessorium die zweite Stelle.

So erklärt sich auch, wie Manilius und Gallus Aelius bei ihren Definitionen des Nexum die Mancipation unter diesen Begriff bringen konnten.[713]) Es hätte jeder Grund dazu gefehlt, wenn beide sich selbständig und unabhängig von einander entwickelt hätten, während wenn, wie ich annehme, die Scheinzahlung vom Nexum in die Mancipation hinübergenommen ward, jene Auffassung allerdings eine gewisse Wahrheit hatte. Sie litt nur an dem Fehler, daß sie die Wortbedeutung von Nexum zu weit griff, die mancipatio hatte von diesem zwar die Sache, nicht aber den Ausdruck entlehnt, und in dieser rein sprachlichen Beziehung traf daher ein dritter Jurist, Q. Mutius Scävola,[714]) gewiß das allein Richtige, wenn er das Nexum als ein obligatorisches Geschäft per aes et libram definirte und damit die Anwendbarkeit des Ausdrucks auf die mancipatio völlig ausschloß.[715])

---

713) Varro de L. L. VII, 105: Nexum Mamilius (Manilius) scribit omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia. Fest. Nexum. Nexum est ut ait Gallus Aelius quodcunque per aes et libram geritur idque necti dicitur, quo in genere sunt (nämlich als zu seiner Zeit praktische Fälle) haec: testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio.

714) Varro a. a. O.: Mutius: quae per aes et libram fiant, ut obligentur (Huschke: obligetur), praeter quam (Niebuhr: quae, Huschke: quum) mancipio detur (Niebuhr: dentur). Hoc verius esse ipsum verbum ostendit, de quo quaerit, nam idem quod obligatur per libram neque suum fit (was nicht behalten, sondern zurückgegeben werden soll d. h. geliehen wird) inde nexum dictum.

715) Bei nicht juristischen Schriftstellern kommt jedoch der Ausdruck öfter in Anwendung auf die Mancipation und das Eigenthum vor, so z. B. bei Cicero Top. 5 traditur alteri nexu und dazu Boethius (Orelli p. 322), de harusp. c. 7 jure nexi, de Republ. I c. 7 u. a. In den Augen des

Digitized by Google

Das zweite Element der Mancipation, das Ergreifen der Sache übergehe ich hier, da dasselbe wegen seines Zusammenhanges mit allgemeineren Gesichtspunkten nur bei Gelegenheit der letzteren richtig gewürdigt werden kann.[721])

Das dritte Element unseres Geschäfts bestand in den 5 Zeugen und dem bereits erwähnten Libripens. Indem ich bekannte Dinge übergehe, beschränke ich mich auf einige meines Wissens bisher nicht aufgeworfene Fragen. Zunächst die Frage: ob es bei jeder Mancipation einer förmlichen Aufforderung an die Zeugen bedurfte. Bezeugt ist dieselbe nur bei dem testamentum per aes et libram als Schlußpunkt des ganzen Aktes.[722]) Wäre der Schluß von der Form des Mancipationstestaments auf die der gewöhnlichen Mancipation ein stringenter, so wäre die obige Frage damit auch für letztere erledigt. Allein daß die Form beider nicht

---

Volks hatte das aes und die libra über das minder auffällige Ergreifen der Sache das Übergewicht erlangt, man charakterisirte den Akt nach jenem, nicht nach diesem Moment. Daher Wendungen wie mercari libra et aere (Horaz), emere per assem et libram (Sueton) und ähnliche.

721) S. § 47 u. B. 4 Abth. 2.

722) Die Formel ist uns von den römischen Juristen erhalten (Gaj. II, 104. Ulp. XX, 9) ita testor itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote. Ob es nicht außerdem noch einer solennen rogatio der Zeugen bei Beginn des Testamentsakts bedurfte, lasse ich dahin gestellt, die »suprema contestatio« der L. 20 § 8 qui testam. (28. 1) ist dafür nicht beweisend, ebensowenig das »ante testimonium certiorentur« der L. 21 § 2 ibid. Daß man keinen Zeugen zu einem Rechtsgeschäft zuzog, ohne ihn vorher zu benachrichtigen, worum es sich handelte, ist selbstverständlich, es kommt nur darauf an, ob dies in solenner Weise, d. h. mittelst einer festbestimmten Formel geschehen mußte. Das Aufrufen der Zeugen nach beendetem Akt kam außer dem Testament noch bei der litis contestatio vor, und es ist wohl nicht zufällig, daß beide Akte nach dieser Aufrufung der Zeugen (testari, contestari) ihren Namen tragen. Bei der litis contestatio riefen beide Parteien die Zeugen auf, beim Testament der Testator allein, nicht der Erbe oder der dessen Stelle vertretende familiae emtor, ungeachtet doch auch er kein geringeres Interesse an der Aufrechterhaltung des Testaments hatte als der Testator. Es erklärt sich dies vielleicht aus der ältesten Form der Testamentserrichtung in den Comitien (B. 1 S. 145 fl.).

Digitized by Google

durchweg gleich ist, zeigt schon die Verschiedenheit der Formeln, sowie der Umstand, daß dort auch der Mancipant zu reden hat, während er hier schweigt. Nichts desto weniger läßt es sich aus allgemeinen Gründen kaum bezweifeln, daß die Zeugen bei jeder solennen Handlung auch in solenner Weise haben aufgerufen werden müssen. Es würde zu der Genauigkeit, mit der die alte Jurisprudenz alles, was geschah, auch durch Worte ausdrücken ließ, wenig stimmen, wenn sie eine so wichtige Thatsache, wie die Zuziehung der Zeugen zum Rechtsgeschäft, nicht durch eine Erklärung der Partei hätte constatiren lassen. Bei der Mancipation ging die Aufforderung aber nicht wie beim Testament von dem Mancipanten aus; das Interesse lag ausschließlich auf Seiten des Empfängers.

Mußten die Zeugen ihrerseits, oder im Namen aller einer von ihnen ausdrücklich erklären, und zwar im Geist des älteren Rechts mit hergebrachten, fest bestimmten Worten, daß sie der an sie gerichteten Aufforderung Folge leisten? Auch diese Frage würde ich schon aus allgemeinen Gründen zu bejahen nicht anstehen, ein positives Zeugniß aber dafür finde ich theils in der Bestimmung,[727] daß ein Stummer beim Testament weder Zeuge, noch Libripens sein durfte, was völlig unmotivirt gewesen wäre, wenn beide nichts zu reden gehabt hätten, theils in der Art, wie ein römischer Jurist es rechtfertigt, daß ein Blinder ein Testament errichten könne.[727a]) Der Schluß von dem Testament auf die gewöhnliche Mancipation dürfte hier weniger gewagt sein als oben.

In Bezug auf die Wirksamkeit der mancipatio hatten die XII Tafeln in dem bekannten Satz: Cum nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncupassit, ita jus esto scheinbar der Autonomie der Privaten einen unbeschränkten Spielraum eingeräumt; die Jurisprudenz ließ sich dadurch nicht abhalten, diese

727) Ulp. XX, 7.

727a) Paul. S. R. III 4a § 4 qui testes testimonium sibi perhibentes audire potest.

Digitized by Google

Freiheit auf ihr richtiges Maß zurückzuführen. Alle Verabredungen, die sich mit dem Zweck oder Hergang nicht vertrugen, waren als Bestandtheile des Aktes (als »nuncupatio«)[727b] unzulässig. Dahin gehört das pactum fiduciae (S. 531), sowie die Bestimmung, daß das Eigenthum erst mit Eintritt einer Bedingung oder von einem gewissen Tage an übergehen solle — der Empfänger würde nicht haben sagen können: rem meam esse, und ebensowenig würde die sofortige Zahlung gepaßt haben. Aus diesem Grunde glaube ich denn auch nicht, daß eine Bestimmung über die demnächstige Bezahlung des Kaufpreises in die Nuncupation aufgenommen werden durfte. Es wäre eine contradictio in adjecto gewesen, einerseits mit den Worten: est emtus hoc aere u. s. w. den Kaufpreis als bezahlt, andererseits durch jenen Zusatz ihn als noch rückständig zu bezeichnen.

Dagegen konnte nicht bloß (was ich noch in der zweiten Auflage bezweifelt habe), sondern es mußte sogar in der Nuncupation der wirkliche oder ein fictiver Kaufpreis namhaft gemacht werden, das unbestimmte: hoc aere der Formel dispensirte davon nicht. Dieser Punkt hat eine ungleich höhere praktische Bedeutung, als man auf den ersten Blick ahnt. Im Falle der Eviction hatte bekanntlich der Käufer gegen den Mancipanten die act. auctoritatis auf den doppelten Betrag des Kaufpreises,[728] die Strafe der unrechtmäßigen Aneignung fremden Guts, wie bei dem furtum nec manifestum und der vindicia falsa im Vindicationsprozeß.[728a] Diese Folge war mit der mancipatio so un-

---

727b) Von nomine capere: beim Namen nennen, sagen. Cic. de off. III, 16 de orat. I, 57.

728) Paulus S. R. II 17 § 3; bei unterbleibender Mancipatio durch die stipulatio dupli ersetzt. Dagegen jetzt Eck, die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums, Halle 1874 S. 2 ff., er stellt alles auf die Verabredung der Parteien und meint, daß sie durch Vertrag die Verpflichtung auf ein Simplum hätten beschränken und sogar gänzlich hätten ausschließen können (S. 9); daß die spanische Fiduciartafel diese Ansicht nicht unterstützt, sondern widerlegt, wird sich sofort zeigen.

728a) Der Einwand, den Rudorff, Zeitschr. f. Rechtsgeschichte B. 11

Digitized by Google

zertrennlich verbunden, daß sie durch Vertrag weder ausgeschlossen, noch erhöht, noch verringert werden konnte. Wer dieser Haftung ausweichen wollte, dem blieb nur ein doppeltes übrig: entweder gar nicht zu mancipiren oder in die Nuncupation einen so minimalen Kaufpreis aufnehmen zu lassen, daß eine ernstliche Haftung dadurch praktisch beseitigt war, sowie umgekehrt der Käufer, der einen höheren als den gesetzlichen Betrag wünschte, dies in der Weise bewerkstelligen konnte, daß er die Nuncupation eines höheren als des vereinbarten Kaufpreises ausbedang. Letzteres mochte kaum vorkommen, ersteres aber gewiß sehr häufig. Insbesondere bot ein Fall Veranlassung dazu, nämlich der Verkauf von Seiten des Fiduciargläubigers, und über ihn hat die kürzlich aufgefundene spanische Fiduciartafel uns einen Aufschluß gegeben, der das ganze Verhältniß in ein klares Licht setzte. Der Pfandgläubiger behält sich hier für den Fall, daß er zum Verkauf schreiten werde, ein Doppeltes vor: 1) daß er nur gegen Baarzahlung zu verkaufen (pecunia praesenti venderet) und 2) daß er die Mancipation nicht auf mehr als auf einen Sesterz zu stellen brauche (mancipio pluris HS nummo uno invitus ne daret), zwei Kaufbedingungen, [728b]) die begreiflicherweise die Gebote der Käufer drückten und folgeweise dem Pfandschuldner zum Nachtheil gereichten.

S. 88 dagegen erhoben hat, daß die act. auctoritatis keine infamirende Wirkung gehabt habe, erledigt sich durch die Bemerkung, daß der dolus, in Form der act. doli geltend gemacht, infamirte, nicht aber in Form einer Contractsklage; ganz dasselbe fand in Bezug auf die act. auctoritatis statt. Wenn Eck a. a. O. S. 4 einwendet, daß die Klage keinen dolus des Verkäufers voraussetzte, so verweise ich auf die act. furti concepti (Gaj. III 186), bei der dies ebensowenig der Fall war, und die Ausführungen in meinem „Schuldmoment des römischen Privatrechts". S. 14 fl.

728b) Von Rudorff, Zeitschr. f. R. G. B. 11 S. 87, der im übrigen die richtige Ansicht hat, unbegreiflicherweise dahin mißverstanden: „es tritt zu dem Sesterz noch ein Preis hinzu." Gerade das Gegentheil! Der Pfandgläubiger soll nicht nöthig haben, den Preis bei der Mancipation auf mehr als einen Sesterz zu stellen; mit dem wirklichen Preis hatte dieser bloß als Evictionsregulator fungirende Mancipationspreis nichts zu schaffen, was Degenkolb, B. 9 S. 149 fl. übersehen hat.

Digitized by Google

Auch die Mancipation des Pfandschuldners an den Pfandgläubiger erfolgt in jenem Fall »sestertio nummo uno« und wenn wir mit diesen beiden neuen Fällen einer solchen Sesterzmancipation die uns bereits bekannten der Schenkung[728c]) zusammenhalten, so ergibt sich daraus als Resultat: 1) bei jeder Mancipation mußte in der Nuncupation der Preis angegeben werden, das unbestimmte »hoc aere« reichte dazu nicht aus; 2) nach diesem Preise richtete sich das duplum der Eviction bei der actio auctoritatis; 3) das »hoc aere emtus est« oder die Scheinzahlung des Preises hat lediglich den Zweck, die sofortige dingliche Wirksamkeit des Mancipationsaktes zu vermitteln, d. h. den Einwand, daß der Kaufpreis nicht gezahlt sei (S. 541), zu beseitigen; 4) bei einem Verkauf erfolgte dann daneben noch die wirkliche Zahlung des Kaufpreises, so daß bei ihm also drei Kaufpreise vorkommen konnten: der contractmäßig stipulirte, effectiv zu entrichtende, der nuncupirte, lediglich auf die Evictionsfrage bezügliche, der zum Schein gezahlte. Es ergibt sich aus dem bisherigen, daß der sestertius nummus unus mit dem aes, welches dem Mancipanten quasi pretii loco gegeben wird, oder dem rodus, rauducsculum gar nichts zu schaffen hat; jener wird bloß genannt, dieser wird gegeben, jener bezieht sich bloß auf die Verpflichtung der Eviction, dieser bloß auf den Übergang des Eigenthums.

So bot also das durch das Gesetz an das »lingua nuncupare« geknüpfte »jus esto« den Parteien in Bezug auf den Preis die Möglichkeit durch bloße Erklärung zweierlei festzustellen: erstens, wie hoch er sich belaufe; zweitens, daß er bezahlt sei. Für die Wirkungen der mancipatio, d. h. die act. auctoritatis und den Eigenthumsübergang war damit die Sache rechtskräftig abgethan, es kam nicht auf das wirkliche Verhältniß, sondern auf das »nuncupare« an, denn nicht das war »jus«, was geschehen, oder was neben der mancipatio verabredet war, son-

728c) Bruns Fontes juris Rom. p. 132—135.

Digitized by Google

dern nur was nuncupirt war und zwar nur: si mancipium faciet, d. h. in der Mancipation selber.

Auch in Bezug auf das Object konnten mittelst der nuncupatio Vereinbarungen getroffen werden, so z. B. bei einem Grundstück die Zusicherung gewisser Servituten oder umgekehrt der Freiheit von ihnen, sodann der Vorbehalt von Servituten zu Gunsten des Mancipanten (deductio),[729] bei dem Verkauf eines Sklaven die Angabe, daß und unter welcher Bedingung er statu liber sei, daß das Pekulium mitgegeben oder vorbehalten werde, bei einem Thier das Alter, die Fehler oder deren Nichtdasein u. s. w.

Welche Vereinbarungen aber immerhin sonst noch möglich und üblich waren, eine Verpflichtung konnten dieselben stets nur für den Mancipanten, niemals für den Empfänger der Sache erzeugen. Die Meinung, daß die Mancipation für den Käufer rücksichtlich des schuldigen Kaufpreises die Kraft eines Nexum ausgeübt habe, hat, ganz abgesehen von ihrem Mangel an allem und jedem positiven Anhaltspunkt, alle inneren Gründe gegen sich. Alle formellen Geschäfte des eigentlichen jus civile sind streng einseitig (B. 4 § 53), es gibt keins, aus dem beide Contrahenten gegenseitig verpflichtet würden, und selbst der Kauf und die Miethe wurden, wie ich an anderer Stelle nachzuweisen hoffe, früher in zwei einseitige Geschäfte (stipulationes emti, venditi, locati, conducti): emtio und venditio, locatio und conductio aufgelöst. Kurz der Grundsatz der Einseitigkeit ist eins der Fundamentalprincipien des älteren Rechts. Wie bei der Stipulation, so hat auch bei der Mancipation nach dem von mir an anderer Stelle zu begründenden Grundsatz der Initiative derjenige Theil, dessen Interesse das Geschäft bezweckt, die getroffenen Verabredungen (die lex contractus) zu publiciren.[729a] Daß der Man-

729) Vat. fragm. § 50.

729a) Die Ansicht, daß auch der Mancipant gesprochen habe oder habe sprechen können, halte ich für absolut verwerflich, sie paßt weder sachlich ins ältere Recht, noch stimmt sie sprachlich mit dem Singular nuncupassit der

Digitized by Google

cipant wie bei der Stipulation auf die Rede des Andern habe antworten müſſen, wird mit Ausnahme des Teſtaments nirgends erwähnt, und bei der gewöhnlichen Mancipation werden wir es ſchwerlich annehmen dürfen. Bei der Stipulation lag die Nothwendigkeit der Antwort in der Frage ſelbſt ausgedrückt, bei der Mancipation dagegen lautete die Formel aſſertoriſch, ähnlich wie bei der in jure cessio, und daß es bei letzterer keiner Antwort bedurfte, iſt ausdrücklich bezeugt.[730]) Nur bei dem testamentum per aes et libram ſprechen, abweichend von dem ſonſtigen Mancipationsritual, beide Parteien, zuerſt der familiae emtor und dann der Teſtator. Lediglich die von letzterem herzuſagende Formel wird nuncupatio genannt.[730a]) Sachlich bedarf dieſe Abweichung keiner Rechtfertigung, denn wer ſoll beim Teſtament ſprechen, wenn nicht der Teſtator? Eine formelle Handhabe dazu bot möglicherweiſe der Satz der XII Tafeln: uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto, denn ein »legare« erforderte ein Sprechen. Vielleicht war die nuncupatio nichts als die aus der alten Form der Teſtamentserrichtung hinübergenommene Anſprache ans Volk: itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote.[731])

Das Anwendungsgebiet der mancipatio war ein außer-

XII Tafeln. Das Geſetz erkennt damit nur die eine Partei als redend an, und zwar die, welche »mancipium faciet nexumve« d. h. welche das manucapere und nectere vornimmt, d. i. dort das Eigenthum, hier den Anſpruch erwirbt.

730) Gaj. II, 24 quo negante aut tacente. Schon dieſe Verſchiedenheit in der Faſſung der Formeln hätte, ganz abgeſehen von anderen Gründen, die unüberlegte Idee ausſchließen ſollen, als ob die Stipulation aus der Nuncupation der Mancipation entſtanden ſei.

730a) Gaj. II, 104.

731) Hierzu ſtimmt denn auch die Art, wie Ulp. XX, 9 die Sache darſtellt: in testamento, quod per aes et libram fit, duae res aguntur, familiae mancipatio et nuncupatio testamenti. Ebenſo Gaj. II, 116. Dieſe nuncupatio gehört demnach nicht mehr zu der mancipatio, ſie iſt etwas außer und neben ihr, während die nuncupatio einen integrirenden Beſtandtheil der gewöhnlichen mancipatio bildet.

Digitized by Google

ordentlich weites, es umfaßte 1. das Eigenthum, 2. die Rusticalservituten (beziehungsweise die vier älteſten Species derſelben: iter, via, actus, aquaeductus), 3. die manus (coemtio), 4. das mancipium und 5. das Erbrecht. Alle dieſe Fälle haben ihr mehr oder minder Eigenthümliches. Wenn der dritte und vierte dem erſten, den wir als den eigentlichen Typus betrachten dürfen, in der Beziehung am nächſten ſtehen, daß bei ihnen, wenn auch keine Sache, ſo doch noch ein ſichtbarer und faßbarer Gegenſtand vorhanden iſt, ſo weichen ſie darin von ihm ab, daß beim vierten das verliehene Recht, auch wo es ſich um eine mancipatio fiduciae causa handelte, regelmäßig[732]) eine vorübergehende Dauer hatte, praktiſch mehr der Miethe, als dem Kauf glich, beim dritten aber — um uns bei dieſer überaus beſtrittenen Frage[733]) auf das allein Sichere zu beſchränken — jedenfalls in der Formel eine der materiellen Verſchiedenheit des Verhältniſſes entſprechende Abweichung von der gewöhnlichen Mancipationsformel Statt fand.[734]) In dem zweiten und fünften Fall erreichte die Mancipation ihren Culminationspunkt, ſie hatte ſich hier von dem natürlich ſinnlichen Requiſit eines faßbaren, ſichtbaren Gegenſtandes völlig losgeriſſen. Dazu kamen in dem letzten Fall noch andere im Verlauf der Darſtellung bereits berührte Abweichungen und zwar von dem Gewicht, daß, wenn auch nicht die äußere Phyſiognomie, ſo doch das innere Weſen und die juriſtiſche Natur der Mancipation in dieſem Fall bis zur gänzlichen Unkenntlichkeit entſtellt oder richtiger völlig geopfert worden war.[735])

732) Gaj. I, 140. S. oben S. 174.

733) Roßbach Unterſuchungen über die röm. Ehe. S. 67—81.

734) Gaj. I, 123 .. cum a parentibus et coemptionatoribus iisdem verbis mancipio accipiuntur, quibus servi, quod non similiter fit in coemptione. Im Sinne des gewöhnlichen Lebens — denn eine juriſtiſche Wahrheit hatte die Auffaſſung ſchwerlich — mochte man ſogar die Frau ſelbſt als Subject der Coemption bezeichnen: coemptionem facit z. B. Gaj. I, 115 u. a. Stellen.

735) Im richtigen Gefühl davon haben die römiſchen Juriſten die here-

Digitized by Google

Die Mancipation erstreckt sich demnach fast über das gesammte Privatrecht: das Vermögensrecht, Familienrecht und Erbrecht; nur für das Obligationenrecht hatte sie keine Geltung. Mit ihren mittelbaren Wirkungen reichte sie allerdings auch in letzteres hinein (actio auctoritatis, Damnationslegat). Allein so wenig man die Antretung der Erbschaft aus dem Grunde einen obligatorischen Akt nennen darf, weil sie auch obligatorische Verhältnisse begründen kann, so wenig darf man dasselbe in Bezug auf die Mancipation thun. Primär und ausschließlich konnte keine Obligation durch sie erzeugt werden.

Die in jure cessio (Abtretung vor Gericht) bietet ungleich weniger Schwierigkeiten dar als die mancipatio. Sie ist das Gegenstück der sponsio praejudicialis; wie bei letzterer der Vertrag dem Prozeß aushilft, so hier der Prozeß dem Vertrage — eine Verwendung des Prozesses oder der sogenannten juris dictio contentiosa zu Zwecken der jurisdictio voluntaria, die sich in der Geschichte des Rechts häufig wiederholt.[735a]) Ihrer Form nach eine Scheinvindication, wobei der Erwerber als Vindicant auftrat, der Cedent sich der Contravindication enthielt, und der Prätor jenem die in Anspruch genommene Sache oder das Recht zusprach, fand die in jure cessio nur bei solchen Rechten Statt, die möglicherweise Gegenstand der Vindication sein konnten. Daher war auch sie zur Begründung obligatorischer

---

ditas nicht unter die res mancipi gerechnet, während sie dies bei den Rusticalservituten thun, trotzdem daß auch sie res incorporales sind, Gaj. II, 17. Ulp. XIX, 1. Daß die mancipirten freien Personen unter den res mancipi nicht mit genannt werden, bedarf keiner Erklärung.

735a) So z. B. auch im altgermanischen Recht der Scheinprozeß des fränkischen Königsgerichts (von Bethmann-Hollweg, Der Civilprozeß des gemeinen Rechts IV, S. 493, Brunner in den Festgaben für Heffter S. 158 fl.), im mittelalterlichen Recht die gerichtliche Auflassung (Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters, S. 235 fl.).

Digitized by Google

Verhältnisse ungeeignet, ja sie schloß vermöge der Natur des Aktes, in dessen Formen sie sich kleidete, selbst die accessorische Begründung derselben aus.[736] An Alter steht sie hinter der Mancipation höchst wahrscheinlich zurück,[737] an ausgedehnter Anwendbarkeit keineswegs, wie dies die folgende tabellarische Vergleichung ihrer beiderseitigen Anwendungsgebiete nachweisen soll.

Anwendungsgebiet,		
ausschließliches der mancipatio.	gemeinsames.	ausschließliches der in jure cessio.
	Eigenthumsübertragung an res mancipi, ...	... an res nec mancipi.
	Bestellung von Rusticalservituten, ...	... Urbanal- und persönlichen Servituten.
Mancipium.		Manumission (vindicta).
Manus.		Emancipation.
Testament.		Adoption.
		Übertragung der tutela legitima mulierum und der hereditas legitima.

Wir werden nicht fehlgreifen, wenn wir den Ursprung der in jure cessio auf ihrem ausschließlichen Anwendungsgebiet suchen. Ihre Anwendung auf die Fälle der zweiten Columne war eine bloße Consequenz ihrer Form, für letztere hätte es ihrer Einfüh-

736) Über die fiducia ist oben (S. 531) bereits das Erforderliche gesagt.

737) Die früheste Erwähnung geschieht in Anwendung auf die Manumission für das erste Jahr der Republik (Liv. II, 5), und zwar verhielt sich die manumissio per vindictam zu der bis dahin üblichen manumissio censu in ähnlicher Weise, wie das testamentum per aes et libram zu dem in comitiis calatis d. h. beide stellten eine zu jeder Zeit anwendbare, also bequemere Form der früheren an gewisse Zeiten gebundenen gegenüber. Nach Paulus in den Vat. fr. § 50 sollen die XII Tafeln die in jure cessio anerkannt haben; ob »propalam« oder »per consequentiam« (Ulp. XI, 3) d. h. dadurch, daß sie der Vindication gedacht hatten, stände wohl noch zur Frage. Das »confirmat« von Paulus kann denselben Sinn haben, wie das »jubet« von Ulp. X, 1.

Digitized by Google

rung nicht bedurft, für sie reichte vielmehr die Mancipation vollkommen aus, und das Leben bediente sich auch fast nur der letzteren.[738]) Auf dem angegebenen Gebiet hingegen entfaltete sie ihre eigenthümliche praktische Brauchbarkeit, weil sie hier Zwecken diente, die sich auf andere Weise theils gar nicht, theils, wie z. B. die Manumission, nur in unvollkommnerer Weise erreichen ließen. Daß sie nicht von vornherein und mit einem Male, sondern erst nach und nach in Besitz dieses weiten Gebietes gekommen ist, wird Niemand, der etwas von dem Gange der historischen Entwicklung im römischen Recht weiß, bezweifeln. Über das relative Altersverhältniß der einzelnen Fälle fehlt es uns an allen positiven Nachrichten, bis zu einem gewissen Grade kann die Combination jedoch diesen Mangel ergänzen. Als einen der ältesten Fälle betrachte ich die manumissio vindicta, er ist zugleich der einzige, für den uns eine bestimmte Entstehungszeit angegeben wird (Note 737). Erst nach den XII Tafeln können sich, vielleicht überhaupt, jedenfalls aber erst in der uns bekannten Gestalt, die Emancipation und Adoption gebildet haben, da sie eine Allusion auf einen Satz dieses Gesetzes enthalten (S. 184 und 458). Die Urbanalservituten sind nach allen Anzeichen noch weit jüngeren Ursprungs (Note 359), rücksichtlich der übrigen Fälle fehlt es an jedem Anhaltspunkt.

In allen diesen Fällen war der Gegenstand der gerichtlichen Abtretung, um den römischen Ausdruck beizubehalten, eine res incorporalis, und damit ist zugleich der Gesichtspunkt für den principiellen Gegensatz dieses Geschäfts zu der Mancipation dargelegt. Die historische Wurzel und der praktische Schwerpunkt liegt bei der einen in der res corporalis, bei der andern in der res incorporalis; erst in ihren Verzweigungen kreuzen sie sich.

738) Gaj. II, 25: Plerumque tamen et fere semper mancipatio-ibus utimur, quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere pos-mus, hoc non est necesse cum majore difficultate apud Praetorem t apud Praesidem provinciae quaerere. Dasselbe Verhältniß wird sich wischen ihr und der Tradition der res nec mancipi annehmen lassen.

Digitized by Google

Es bleibt uns noch die Stipulation (S. 485): der auf Eingehung einer Obligation gerichtete Vertrag in Form mündlicher Frage und Antwort.

Sie hat folgende Requiſite:

1. Die Gegenwart der Parteien.

2. Die vorausgehende Frage des Gläubigers. Die Umkehr der Ordnung, ein vorausgehendes Verſprechen von der einen und eine Acceptation von der andern Seite begründete keine Stipulation (über den Grund ſ. § 57). Das römiſche Recht kennt zwei Formen der Stipulation: eine ſtrengere, engere und eine freiere, abſtractere. Jene: die dem jus civile angehörige, an die Worte: spondes? spondeo gebundene und auf Römer beſchränkte sponsio[739] — dieſe: die dem jus gentium angehörige, lediglich an das abſtracte Requiſit der mündlichen Frage- und Antwortform geknüpfte und mit beliebigen Worten (z. B. dabis, facies, promittis?) und in jeder Sprache mögliche stipulatio ſchlechthin.[740] Daß letztere, wenigſtens in ihrer Anwendung auf Römer unter ſich, jüngeren Urſprunges iſt, dafür ſprechen, wenn auch keine äußeren, ſo doch gewichtige innere Gründe (§ 47).

3. Die ſofortige Antwort. Ein Zwiſchenraum hebt die Verbindung zwiſchen Frage und Antwort auf, beide ſollen ein einziges Ganzes bilden, es muß folglich auch der Akt ſelbſt ein einiger ſein (unitas actus).[741]

4. Die entſprechende Antwort. Eben weil beide ein einziges Ganzes darſtellen ſollen, müſſen ſie ſich decken. Lautet die Antwort anders, als gefragt, ſei es auf mehr oder auf weniger, und bei der sponsio nicht auf den Ausdruck: spondeo, ſo iſt

---

739) Über die problematiſche Ableitung derſelben aus dem Eid ſ. B. I S. 303 fl.

740) Gaj. III, 92, 93. L. 1 § 6 de V. O. (45. 1).

741) L. 1 § 1 de V. O. (45. 1). Über die Allgemeingültigkeit dieſes Erforderniſſes der Einheit des Akts im alten Recht ſ. B. 4, § 53 (Note 184 fl.).

Digitized by Google

die Stipulation verfehlt.[742]) In späterer Zeit ward man darin laxer, aber in der alten Zeit hielt man daran mit äußerster Pedanterie fest und erließ auch nicht einen Buchstaben. Und in der That, es war jedenfalls das Sicherste, denn wenn man einmal nachließ, wo war die Gränze? Jene Strenge hatte einen ganz vernünftigen Sinn, und was Gellius (XVI, 2) von dem gleichen Grundsatz der Dialektik sagt, paßt wörtlich auf die Stipulation. „Es ist ein Gesetz dieser Kunst, bemerkt er, daß, wenn man sich über irgend ein Thema streitet, man nicht mehr und nicht weniger antworte, als man gefragt wird, entweder mit Ja oder Nein; wer mehr oder anders antwortet, gilt als Idiot. Und darauf muß man halten, denn es gibt kein Ende des Streites, wenn man die einzelnen Streitpunkte nicht fixirt und nicht einfach durch Frage und Antwort erledigt." In ähnlicher Weise, meinten die alten Juristen, ließe sich auch bei den Verhandlungen rechtlicher Art die Gewißheit der erreichten Einigung nur dadurch constatiren, daß der Schuldner sich streng an die Frage binde; thue er es nicht, so sei das ein Zeichen, daß die Parteien noch nicht eins geworden seien. Im Geist der alten Zeit (§ 47[b]) darf man annehmen, daß der Schuldner ursprünglich den ganzen Inhalt der Stipulation wiederholen mußte und sich nicht wie später mit einem einfachen Ja oder spondeo, dabo u. s. w. begnügen durfte. Das wahre Wesen der Stipulationsidee ist sowohl von ihrer psychologischen als praktischen Seite bereits von einem Andern[743]) in so

742) Gaj. III, 102. Die L. 1 § 2—5 de V. O. (45. 1) veranschaulicht die freiere Entwicklung, die schon in der verhältnißmäßig kurzen Zeit von Gajus bis auf Ulpian Statt gefunden hat; sollte das, was Gajus lehrt, noch ganz das ursprüngliche gewesen sein?

743) J. Christiansen (der Ältere) Institutionen des röm. Rechts S. 308—310 — ein Buch, das neben manchem Ungenießbaren und völlig Überspannten viele tiefe, von genialer Intuition zeugende Einblicke enthält. Die nicht unverschuldete geringe Verbreitung des Buchs hat mich bestimmt, die citirte Stelle mit Auslassung einiger überflüssigen Breiten wörtlich abdrucken zu lassen.

Digitized by Google

zutreffender Weise entwickelt worden, daß ich nichts besseres thun kann, als dessen Worte wörtlich wieder zu geben.

„Die neuern gebildeten Sprachen und die gebildeten Sprecher dieser gebrauchen zum Ausdruck absoluter Bejahung oder Verneinung der Frage ein einfaches Abstractum, welches absolut und rein nur Bejahung oder Verneinung ohne weitere Bestimmung ist. Wie kurz, wie lang, welchen Inhalts immer die Frage sei, so wird die Bejahung mit „Ja" u. s. w. gleichmäßig auf die kürzeste und bündigste Weiste abstract ausgedrückt. Die ältern concreteren Sprachen überhaupt wie auch noch die ungeübteren Sprecher ausgebildeter Sprachen haben nur eine concrete Bejahung. So auch die römische Sprache. Sie kennt gar keine abstracte Bejahung. Statt der reinen Antwort hat sie nur ein Antworten auf dieses Gefragte. Es wird in die Antwort mehr oder minder alles Gefragte wieder aufgenommen. Das ist so allgemein die Natur des concreteren sinnlicheren und sinnigeren Bildungszustandes. Der Antwortende kann noch nicht nach-denken und nach-wollen, ohne nach-zu-sprechen, und hat die instinktmäßige Vorsicht bei dieser Weise, die ihm dienlicher und sicherer ist, zu bleiben. Denn nur wenn das Gefragte nach-gesprochen ist, können beide Theile sicher sein, daß auch dasselbe gemeint ist.

„Im gebildeten Zustande würde auf die Frage: willst du für zweitausend mir u. s. w. geben? mit einem bloßen Ja geantwortet werden und damit die unumwundenste Einigkeit vorzuliegen scheinen. Im Einzelnen, also im Ganzen ist aber innerlich vielleicht die größte Uneinigkeit vorhanden; der Verkäufer verstand vielleicht „drei" statt „zwei" u. s. w. Alle diese Dinge wären beim wörtlichen Nachsprechen zum Vorschein gekommen. Wenn dagegen bei den Alten der Gläubiger fragte: spondesne Stichum hominem .... dare, so antwortete der Gläubiger nicht bloß mit spondeo sondern er wiederholte den ganzen Satz. Nur bei der feierlichsten Form der Aussage oder Zusage durch rechten Eid verlangen auch wir noch jenen ursprünglich ganz allgemein üblichen umständlichen, detaillirten Ausspruch. Beim Katechisiren

Digitized by Google

mit Kindern, bei Aufträgen an Ungebildete begnügt man sich ebenfalls nicht mit einem bloßen „Ja", sondern verlangt umständliche Wiederholung.

„Es ist einleuchtend in welchem Grade die concrete Bejahung größere Garantie des Einverständnisses und Ernstes gibt als die abstracte. Es ist zwischen beiden in Hinsicht der Zuverlässigkeit ungefähr der Unterschied, wie ob man eine zu hebende Last mit dem bloßen Augenmaß probirt und approbirt oder sie wirklich auf die Schultern nimmt."

So weit Christiansen. Die Form der Frage war im römischen Rechtsleben keineswegs auf die Stipulation beschränkt, sie wiederholte sich in alter Zeit auch in anderen Fällen, wo es die Begründung einer Obligation galt. So werden die praedes durch Frage und Antwort verpflichtet,[746] und in derselben Weise erfolgt bei Plautus der Abschluß der Kaufcontracte.[746a])

Rücksichtlich ihrer ausgedehnten Anwendbarkeit durfte die Stipulation sich füglich mit den beiden bisher betrachteten Formen messen; was letztere für das absolute Recht, war sie für das relative: die Obligation, eine allgemeine Form, wodurch, wie auch in ihrem Namen liegt,[747] die Sache fest gemacht wurde.

---

746) Festus sub praes: praes ... interrogatus a magistratu, si praes sit, respondet: praes.

746a) In gleicher Form estne emptus? est emptus.

747) Stipulatio kommt von stips, letzteres von der Sanskrit-Wurzel sthâ, von der auch Stab und Stift. Im Lateinischen hieß stip, stipit, stirp Stamm, welches auch in obstipescere (gleichsam zum Stock werden) erhalten ist. So Pott Etymol. Forsch. Bd. 1 S. 198. Die Institutionen pr. I. de V. O. (3. 16) treffen mithin das Richtige, indem sie das Wort daher ableiten: quod stipulum apud veteres firmum appellabatur, forte a stipite descendens. Ganz entsprechend sowohl sachlich wie sprachlich sind die deutschen Ausdrücke: bestätigen, rechtsbeständig, vor Gericht gestedegen (Sachsenspiegel II, 30 d. i. festmachen, wie stipulari). Mit den Getreidegarben hat zwar das »stipendium« (Austheilung derselben an die Soldaten), die »stipulatio« dagegen nichts zu thun, und das „Getreidegeschäft", das die bekannte zügellose Phantasie von Huschke Nexum S. 100 aus ihr gemacht und höchst anschaulich beschrieben hat, ist um nichts besser als der etymologisirende Er-

Digitized by Google

Alle und jede Verträge, insofern sie nur nichts Unerlaubtes enthielten und auf eine erzwingbare Leistung gerichtet waren, mochten sie im übrigen schon an sich klagbar sein oder nicht, konnten in diese Form eingekleidet werden. Doppelt wichtig aber war sie gerade im ältern Rechte bei der beschränkten Zahl der vorhandenen Obligationsformen — ein Punkt, den ich an dieser Stelle noch aussetzen muß. Dabei beschränkte sich ihre Anwendbarkeit keineswegs bloß auf das jus civile, sie erstreckte sich vielmehr auch auf den Prozeß — es war kaum ein Rechtsstreit möglich, in dem nicht zwischen den Parteien gewisse Stipulationen abgeschlossen wurden, bei der reivindicatio per sponsionem diente sie sogar als Einkleidungsform und Basis des ganzen Verfahrens. Auch im völkerrechtlichen Verkehr kehrt sie wieder — wenigstens bringen die Römer die publicistischen Verträge, sofern sie nicht constitutiver, sondern promissorischer Art sind, unter die Form der sponsio[748]) und endlich auch im internationalen Privatverkehr — es waren die oben angegebenen abstracten Stipulationsformen des jus gentium.

Dieser extensiven Brauchbarkeit entsprach ihre intensive. Die bei den andern beiden Geschäften unstatthafte Hinzufügung eines dies und einer conditio war bei der Stipulation, wie das die Natur eines promissorischen, d. h. auf die Zukunft gerichteten Vertrages mit sich bringt (§ 53 Note 211 u. fl.), zulässig, und gerade dieser Zulässigkeit der Bedingung verdankte die Stipulation zum wesentlichen Theil den hohen Grad ihrer Brauchbarkeit. Mittelst der Bedingung war es möglich, indirect alle gedenkbaren Gegenstände, Leistungen u. s. w. in den Bereich

klärungsversuch von Isidor V, 24 § 30, bei dem er die germanische Sitte der Bestätigung durch Übergabe des Halms (J. Grimm, Deutsche Rechtsalterthümer, S. 121) vor Augen hatte (Savigny Gesch. des R. R. im Mittelalter II 229), während Grimm S. 129 sie für das römische Recht aufrecht zu erhalten sucht.

748) Gaj. III, 94. Das foedus war constitutiver Art. Das Nähere an späterer Stelle.

Digitized by Google

der Obligation zu ziehen. Die einfache Formel war: versprichst Du die und die Summe, wenn Du dies und das gethan oder nicht gethan hast? Die Handlung oder Unterlassung, auf die es abgesehen war, bildete hier nicht den Gegenstand der Obligation selber, sondern nur der Bedingung (das in conditione positum), aber die für den Fall der Nichterfüllung der Bedingung versprochene Strafe (Conventionalpön) gewährte, wenn nur der Betrag der Strafe hoch genug gegriffen war, einen eben so wirksamen, ja regelmäßig einen viel wirksameren indirecten Schutz, als es der directe gewesen wäre. Unter dieser weiten Kategorie des in conditione positum fanden alle möglichen Handlungen und Unterlassungen Platz, mochten sie direct klagbar sein oder nicht, ein Interesse haben oder nicht; die einzige Gränze bestand in der conditio turpis; Verträge, die etwas Gesetzwidriges oder Unmoralisches bezweckten, wurden von den Juristen für nichtig erklärt. In unserm heutigen Recht, in dem alle erlaubten Beredungen klagbar, d. h. direct erzwingbar sind, ist der Werth dieser indirecten Erzwingung erheblich verringert, im altrömischen Recht dagegen, wo zwischen dem Klagbaren und dem Unerlaubten die große Menge der zwar erlaubten, aber nicht direct erzwingbaren Leistungen in der Mitte lag, wo, wie ich andern Orts nachzuweisen hoffe, Obligationen auf ein bloßes Thun als solches (d. h. insofern es nicht eine Sache, ein Geben zum Gegenstand hatte) noch keine Anerkennung gefunden hatten, war der Werth dieses Mittels ein unschätzbarer (§ 56, Nr. 8, 9, 11).

3. Analyse des römischen Formenwesens.

Der Stoff: Zeichen, Handlungen, Worte. — Übersicht der symbolischen Zeichen und Handlungen des römischen Rechtslebens — die Hand insbesondere.

XLVII. Unsere Aufgabe führt uns auf ein in einer gewissen Richtung kaum durchforschtes Feld, ein Umstand, der die Ausbeute auf der einen Seite ebensosehr erleichtert, als auf der andern er-

Digitized by Google

schwert. Die Richtung, in der die Rechtsgeschichte dasselbe bisher fast ausschließlich untersucht hat, ist eine einseitige, es ist ganz dieselbe, die noch vor nicht gar langer Zeit in der Botanik die herrschende war, d. h. eine rein *descriptive*, die sich mit Sammlung, Aufzählung, Beschreibung der Einzelnheiten begnügt. Daß aber auch hier die Abstraction einen dankbaren Stoff vorfindet, daß wir auch hier auf dem Wege der Analyse werthvolle allgemeine Resultate gewinnen können, wird, wie ich hoffe, die folgende Darstellung zeigen.

Das Allgemeine, was die bisherige Lehre uns bietet, geht über dasjenige, was bereits Cicero und Gajus haben, nicht hinaus. Es ist jenes allgemeine Urtheil (S. 442 Note 610) über die Strenge und Peinlichkeit, mit der die ältere Jurisprudenz die Formeln handhabte, erläutert durch die bekannten von Gajus mitgetheilten Beispiele. Allein selbst diese unzweifelhafte Thatsache ist, so lange man sie nicht in den rechten Zusammenhang bringt, mehr geeignet, das Urtheil über das ältere Recht irre zu führen, als zu fördern; sie dient weniger dazu, uns mit demselben zu versöhnen als zu entzweien — sie gibt uns ein Räthsel ohne die Auflösung.

Um nun gleich den Punkt zu bezeichnen, in dem meiner Meinung nach das Verständniß des ganzen Formenwesens zu suchen ist, so ist dies das *morphologische* Element desselben, aber nicht in seiner dürren Äußerlichkeit, sondern in *seiner inneren Ursächlichkeit*. Wir dürfen den Formalismus nicht hinnehmen als etwas Gegebenes, bei dem man sich beruhigen müsse, von dem man sich nicht Rechenschaft darüber geben könne, warum das Einzelne gerade so und nicht anders sei, und bei dem dies auch kein höheres Interesse habe. Der Gesichtspunkt vielmehr, unter dem wir ihn zu erfassen haben, und den ich im Folgenden möglichst durchführen werde, ist der einer bewußten und berechneten juristischen Schöpfung, einer *tief durchdachten Zeichensprache*, kurz eines *Kunstproductes* des juristischen Geistes. Von dem Scharfsinn, ja ich

Digitized by Google

darf sagen, dem Geist, den die alten Juristen in den scheinbar so unfruchtbaren und dürren Gegenstand hineinzulegen verstanden, haben wir, denen unser heutiges Recht und unsere heutige Wissenschaft jeden Anlaß zu ähnlicher Arbeit und damit jede Parallele für ihre Leistungen versagt, heutzutage kaum eine Ahnung. Die Aufgabe und die Methode unserer heutigen Wissenschaft ist eine andere geworden, und mit der Sache ist uns auch der Sinn und das Verständniß für jenen untergegangenen Zweig der juristischen Kunst abhanden gekommen. Mich gemahnt dieser Umschwung, dieses völlige Aussterben einer Kunst, die einst im höchsten Flor und Ansehen stand und den ganzen Scharfsinn der Juristen in Bewegung setzte, an so manche Erscheinungen des modernen Culturlebens. Ein recht verwickelter musikalischer Kanon, ein kunstgerechtes Gedicht nach den Regeln des Meistergesanges brachten einst dem Musiker und Meistersänger nicht mindere Ehre und Anerkennung, als seiner Zeit die Formel einem altrömischen Juristen. Heutzutage würde man darin kaum etwas anderes finden als ein nutzloses Spiel des Verstandes. Allein hüten wir uns, unsern heutigen Maßstab an frühere Zeiten anzulegen und zu verkennen, daß, was für uns werthlos ist, für sie vollkommen berechtigt war. Unsere heutige Wissenschaft hat nicht mehr nöthig, ihre Kraft auf Worte und Formeln zu richten, weil unser Recht eine höhere Stufe beschritten hat, der römischen Jurisprudenz aber war durch die Stufe, auf der sich das ältere Recht befand, eine neue, den Anforderungen des Lebens und der juristischen Kunst entsprechende Art und Richtung ihrer Thätigkeit vorgezeichnet; daß sie ihren ganzen Scharfsinn und ihre ganze Kraft an ein scheinbar so untergeordnetes Object verwandte als das Formelwesen, war nicht Sache ihrer freien Wahl, sondern der geschichtlichen Nothwendigkeit.

Der Stoff, aus dem das ältere Recht die formellen Geschäfte gebildet hat, sind Handlungen, Zeichen und Worte. Unter ihnen nehmen letztere die erste Stelle ein. Zunächst rücksichtlich

Digitized by Google

der ihnen zu Theil gewordenen juristischen Durchbildung. Sodann aber sind sie und nur sie das absolut unentbehrliche Element eines jeden Rechtsgeschäfts; es gab Rechtsgeschäfte, z. B. die Stipulation, bei denen das bloße Wort, keins, bei dem die bloße Handlung genügte. Man könnte darauf hin versucht sein, sich das Verhältniß zwischen dem Wort, der Formel auf der einen und dem Zeichen, der Handlung auf der andern Seite so zu denken, als ruhe der eigentliche Nachdruck des Geschäfts überall auf dem ersteren Element, und als sei letzteres nur eine ziemlich unwesentliche decorative Zuthat, eine bloße Begleiterin des Worts gewesen, wie es im gewöhnlichen Leben die Hand mit ihren Gesticulationen im Verhältniß zur Zunge ist: — wenn der sinnlich natürliche Mensch *spricht*, so pflegt er seine Worte pantomimisch, namentlich mit der Hand zu unterstützen. Allein so wenig ich die Zulässigkeit dieser Auffassung für die meisten Rechtsgeschäfte bestreiten will, so hat sie doch keinen Anspruch auf ausschließliche Geltung. So wie die Hand die Zunge, so pflegt umgekehrt auch letztere jene zu secundiren, m. a. W. der Nachdruck kann auch auf dem *Handeln* ruhen und die Rede nur den Zweck haben, dasselbe zu erläutern, oder zu constatiren.[749]) Es ist eine beachtenswerthe Eigenthümlichkeit des älteren Rechts, namentlich aber des Prozesses, alle relevanten Thatsachen, um unsern Ausdruck: aktenkundig zu imitiren: *ohrenkundig* zu machen. Es genügt z. B. zum Anfang der Verhandlungen nicht, daß die Parteien da sind, sie müssen erst noch aufgerufen, citirt werden und durch Antwort ihre Anwesenheit constatiren. Ebenso die Richter bei dem Verfahren der Quaestiones perpetuae. Haben die Parteien gesprochen, so erfolgt mündlicher Aktenschluß durch das Wort des Gerichtsdieners: dixerunt.[750]) Auch der Anfang und das Ende der Sitzung muß durch Ausruf desselben verkündet werden, ähn-

749) Als Beispiel nenne ich den Scheinkampf und die Ertheilung der Vindicien im Vindicationsprozeß.

750) Quint. I, 5 § 43 »dixere« . . praeco pronuntiet. Gehört dahin auch Liv. III, 45 lictor decresse ait?

Digitized by Google

lich wie bei der Abhaltung der Auspicien das „Silentium" durch Meldung des Augurn an den Magistrat.[751]

Aus Gründen der Darstellung behandle ich das wichtigere Element erst an zweiter Stelle und beginne mit den Zeichen und Handlungen.

Ich habe in § 45 drei Arten derselben unterschieden: symbolische, repräsentative und residuäre, und für die beiden letzten dort bereits die meisten Beispiele aufgeführt, die das ältere Recht uns darbietet. Es verbleibt uns hier noch die erste Classe, und für sie liefert das ältere Recht und Leben eine reiche Ausbeute.[752])

Die Fasces mit den Beilen in den Händen der Lictoren erinnern das Volk an das den Consuln zustehende Recht über Leben und Tod, das Schwert in den Händen des Judex quaestionis der späteren Zeit enthält für den Angeklagten die Mahnung, daß über seinem Haupte das Schwert schwebe; wenn die Todesstrafe vollzogen werden soll, so kehrt der Magistrat, der den Befehl zu seiner Hinrichtung gibt, das Gewand um.[753]) Der Speer ist das Symbol des Kampfes; er verkündet dem Feinde, wenn er über dessen Gränze geworfen wird, den Krieg, daheim aber gilt er als Zeichen des Eigenthums, denn der ältesten Rechtssymbolik gilt nicht die Arbeit, sondern die Erbeutung vom Feinde als die eigentliche Wurzel des Eigenthums (I. S. 113). Der

751) Das Material zu dem obigen s. bei Pseudo Ascon. in Verrem I, § 56 (Orelli II, 152) II, § 2 (Orelli II, 156). Cic. de divin. II, 34. Servius ad Virg. I, 656. Plin. H. N. VII, 60. Briss. de voc. ac form. I, c. 219. V, 213.

752) Die gründliche und gelehrte Schrift von Ever. Otto: de Jurisprudentia symbolica exercitationum trias. Traj. ad Rhen. 1730 behandelt nur einzelne Seiten des Gegenstandes und schließt selbst rücksichtlich ihrer manche Nachträge nicht aus. Mit Rücksicht auf sie habe ich im Folgenden es mir regelmäßig erspart, die Belegstellen anzuführen. Eine Zusammenstellung der Symbole des deutschen Rechts gibt J. Grimm in seinen Rechtsalterthümern S. 109 fl.; s. auch Reyscher Beiträge zur Kunde des deutschen Rechts und Arnold Cultur und Rechtsleben S. 292.

753) Seneca de ira I, 16: perversa magistratui induenda vestis.

Digitized by Google

Siegelring ist das Mittel der Beglaubigung und daher das Zeichen der Glaubwürdigkeit und das Vorrecht des freien Mannes; daher die Sitte, ihn als Unterpfand (arrha) zu geben z. B. beim Kauf, bei der Verlobung und durch ihn wie z. B. bei Übergabe an den erwählten Erben, die Zuwendung des höchsten Vertrauens zu documentiren.[753a]) Die goldenen Ringe als Anzeichen des Ritterstandes, beziehungsweise der freien Geburt stammen erst aus späterer Zeit, die ältere kannte nur eiserne.[754]) Der Hut (pileus) ist das Zeichen der erlangten oder wiedererlangten Freiheit. Woher dies? Man hat es mit der bei dieser Gelegenheit Statt findenden Sitte des Haarschneidens in Verbindung gebracht, der Hut habe zur Bedeckung des nackten Kopfes dienen sollen.[755]) Der Sitte des Haarscheerens liegt wohl der Gedanke zu Grunde, daß der Freigewordene damit Alles, was ihm aus der Zeit der Gefangenschaft anklebt, gründlich abthue und ein

---

753a) F. Hofmann, über den Verlobungs- und den Trauring. Wien 1870. S. 22, 24.

754) Macrob. Sat. VII, 13: Veteres non ornatus, sed signandi causa anulum secum circumferebant, unde nec plus habere quam unum licebat nec cuique nisi libero, quos solos fides deceret. Plinius H. N. XXXIII, c. 6. Otto p. 204.

755) Otto p. 172. Über den Fall der wieder erlangten Freiheit oder der Rückkehr des Römers aus feindlicher Gefangenschaft, dessen Otto nicht gedenkt, s. Liv. XXX, 45. XXXIV, 52. Val. Max. V, 2. § 5, 6 u. a. Der Hut kam auch auf dem Kopf von zum Verkauf ausgebotenen Sklaven vor zum Zeichen, daß der Verkäufer für sie keine Garantie übernehme (servi pileati) Gell. VII, 4; soll er bedeuten, daß der Sklave die Bedeckung nöthig habe, weil man ihm nicht auf den Kopf sehen dürfe? Bei dem Verkauf der Sklaven kamen überhaupt manche Zeichen vor, so z. B. der Kranz auf dem Kopf der Kriegsgefangenen (sub corona venire). Woher der Kranz? Gell. VII, 4 deutet eine Erklärung an, die viel Wahrscheinliches hat, obschon er selbst sie verwirft, nämlich corona bezog sich ursprünglich auf die corona militum, ward aber später als Kranz verstanden — ein Seitenstück zu den vielen etymologischen Mythen des römischen Alterthums, Schwegler Röm. Geschichte Bd. I S. 70. Sklaven, die übers Meer nach Rom gebracht waren, wurden bei ihrer Ausstellung zum Verkauf an den Füßen mit Gyps bezeichnet, Brisson. VI. c. 10.

Digitized by Google

liberum caput erlange. Bänder drücken die friedliche Stimmung aus — offenbar als Zeichen des festlichen Schmuckes[756]) — das heilige Kraut (sagmina) in den Händen der Gesandten die Unantastbarkeit. Das Zerbrechen der tessera hospitalis kündigt die Gastfreundschaft auf.[756a]) Feuer und Wasser sind die Symbole der religiösen Gemeinschaft (B. 1. S. 288), das Brod das der häuslichen, daher die Anwendung derselben bei Eingehung der confarreirten Ehe. Das Haus des Mannes ist der natürliche Aufenthaltsort der Frau, und darum bedarf es bei Eingehung der Ehe der feierlichen Einführung der Neuvermählten in das Haus des Mannes (deductio in domum); durch Abwesenheit vom Hause während dreier Nächte unterbricht sie die Ersitzung der Manus. Die Übergabe der Schlüssel an sie bedeutet die Abtretung, die Rückforderung derselben die Entziehung ihres häuslichen Regiments, d. h. die Ehescheidung. Das Tragen einer leeren Schüssel (lanx) soll bei der Haussuchung nach gestohlenen Sachen das Suchen ausdrücken;[756b]) um den

---

756) Roßbach a. a. O. S. 288: „Die Pontifices, die Ambarvalbrüder, die Flamines schmücken sich damit, Opferthieren werden sie um den Kopf gehängt, Schutzsuchende tragen sie auf dem Haupt und an ihren Stäben, sie hängen an den Altären und Pforten der Tempel, auch die Thüren der Privathäuser werden bei feierlichen Gelegenheiten damit geschmückt."

756a) Th. Mommsen, Röm. Forschungen I, S. 343.

756b) Die Erklärungen der Schüssel bei den Alten sind wunderlich; s. Gaj. III 193: ideo, ut manibus occupantis nihil objiciatur, sive ideo, ut quod invenerit, ibi imponat; Festus sub lance (Müller p. 117) lancem ante oculos tenebat propter matrum familias aut virginum praesentiam. Puchta Instit. § 277 hält die Ansicht: „die Schale sei über den Kopf gehalten worden, damit die Hände nicht frei wären" für die wahrscheinlichste — als ob man mit Erfolg suchen könne, ohne irgend etwas mit der Hand von der Stelle zu bewegen! Andere (z. B. Böcking, römisches Privatrecht. 1862 S. 150 Note 15. Kuntze Excurse über röm. R. S. 502) haben darin eine „rituale Form mit der priesterlichen Binde und der Opferschüssel" gefunden — als ob es sich dabei um eine priesterliche Handlung und um ein Opfer gehandelt habe. Der nach griechischem Recht (Keller, Institutionen, S. 140) zu schwörende Eid, durch den man auf diese seltsame Idee gerathen ist, war nichts als ein juramentum calumniae, wie er auch bei der

Digitized by Google

Suchenden zu verhindern, die Sache heimlich mit einzubringen, darf er mit nichts bekleidet sein als einem Schurzfell (linteum). Stuhl und Bank verkünden das relative Rangverhältniß zwischen den patricisch-sitzenden Personen. Der Magistrat als Vorsitzender hat das Vorrecht des Stuhls, die plebejischen Tribunen und Aedilen, die Geschworenen und Senatoren müssen sich mit Bänken begnügen.[756c]) Das Abbrechen eines Zweiges gilt als Besitzesstörung zum Zweck der Unterbrechung der Usucapion,[757]) das Werfen eines Steines als Zeichen der Einsprache gegen Neubauten. Die Kriegsgefangenen werden zum Zeichen ihrer Dienstbarkeit unter das Joch durchgetrieben.[758]) Der Pflug ist das natürliche Symbol des seßhaften Lebens, und darum wird der Raum der neu zu gründenden Stadt mit dem Pflug abgemarkt, an den Stellen aber, wo die Thore stehen sollen, der Pflug gehoben, um damit anzudeuten, daß hier der Ausgang frei sei. Wird das Staatsgebiet erheblich erweitert, so zum Zeichen dessen auch das Pomörium, der freie Raum an der Stadtmauer.[758a]) Wer unabsichtlich einen Andern erschlagen, stellt zur Abwendung der Blutrache statt seiner einen Sündenbock (B. 1 S. 187). Mohn- und Knoblauchköpfe vertreten die ursprünglichen Menschenopfer, Binsenmänner, welche alljährlich in die Tiber gestürzt werden, sollen dem Fluß-

act. ad exhibendum geschworen werden mußte (L. 6 § 2 de edendo 2. 13). — Ich wüßte nicht, wie man die Absicht, etwas zu holen, symbolisch besser ausdrücken könnte, als dadurch, daß man einem Menschen eine leere Schüssel in die Hand gibt — man sehe sich einmal unsere Dienstmädchen an, die mit einer leeren Schüssel oder einem leeren Korbe das Haus verlassen, und frage sich, was sie wollen? Sie wollen etwas holen!

756c) Mommsen, Röm. Staatsrecht I S. 322, 323, wo S. 318 und fl. Genaueres über das Sesselrecht.

757) Cicero de orat. III, 28: ut ex jure civili surculo defringendo usurpare videatur.

758) Missio sub jugum. Ähnlich das sororium tigillum, unter das Horatius hindurch mußte. Liv. I, 26.

758a) Jedoch nur bei der Erstreckung der Herrschaft auf italienischen Grund und Boden, Seneca de brevitate vitae c. 14.

Digitized by Google

gott die menſchlichen Leiber erſetzen, die er als ſeinen Tribut fordert.[759]) Eine Maske (persona) deutet an, daß der Erbe die Perſon des Erblaſſers repräſentirt,[760]) denn die Maske enthält die Nachbildung der Perſon.

Eine ausgedehnte Verwendung hat aus nahe liegenden Gründen der menſchliche Körper gefunden.[761]) Der Kopf gilt als Träger der Rechtsfähigkeit und Perſönlichkeit, für die er auch den Namen (caput, capitis deminutio) hat hergeben müſſen. Was die ganze Perſon ergreift, wird daher ſymboliſch durch Berühren des Kopfes ausgedrückt, ſo z. B. bei der Inauguration des Königs und bei der Freilaſſung;[762]) bei dem Gange zur Hinrichtung wird der Kopf zurückgebogen.[762a]) Das Nicken mit dem Kopf gilt bei Auctionen als höheres Gebot.[762b]) Die Stirn iſt der Sitz der Schaam, die Braut verhüllt ſie, dem Calumnianten wird auf ſie das Brandmal eingebrannt.[763]) Das Beugen des Kniees drückt die Unterwerfung aus. Des Scheerens des Haares iſt bereits oben gedacht, die Vernachläſſigung desſelben iſt das Zeichen, daß Jemand in Anklagezuſtand verſetzt iſt. Das Ohr iſt der Sitz des Gedächtniſſes, man zupft es dem Zeugen, um ſein Erinnerungsvermögen anzuregen.[764])

Die hervorragendſte Stellung unter den Körpertheilen nimmt die Hand ein, ſie folgt unmittelbar auf das Organ, das bei jedem Rechtsgeſchäft in Thätigkeit treten muß, die Zunge, und

---

759) Eine andere Deutung gibt Macrob. Sat. I, 11 a. E.

760) Macrob. ibid. II, 7: heredis fletus sub persona risus est.

761) Die Symbolik des menſchlichen Körpers bildet den Hauptgegenſtand des Werkes von Otto; es findet ſich in dieſem Abſchnitt freilich manches Problematiſche.

762) Liv. I, 18 . . si est fas hunc Numam Pompilium, cujus ego caput teneo, regem Romae esse. Man wird an das altteſtamentliche Salben der Könige erinnert. Ebenſo beim pater patratus. Liv. I, 24.

762a) Suet. Vitell. 17 reducto coma capite, ceu noxii solent.

762b) Suet. Calig. 38 . . capitis motu nutantem.

763) Otto p. 132 sq.

764) Otto p. 141, 142.

Digitized by Google

steht mit ihr, wie oben bemerkt, in engster Verbindung. Ist es die Zunge, die den Entschluß verkündet, so ist es die Hand, welche ihn ausführt; sie ist recht eigentlich das Organ des Willens, und vom Standpunkt der natürlich-sinnlichen Auffassung ist „Handeln" und die „Hand rühren" gleichbedeutend. Es ist hier nicht meine Absicht, auf die unendlich reiche, allen Völkern gemeinsame Zeichensprache der Hand weiter einzugehen; gibt es doch kaum eine Gemüthsbewegung, welche die Hand nicht in ausdrucksvollster Weise kund zu geben versteht, kaum einen solennen Akt aus der Kindheitszeit der Völker, bei dem sie nicht eine Rolle spielt. Die dem Feinde dargebotene Hand gilt ihm als Zeichen der Versöhnung, Handschlag als Unterpfand der Treue bei Versprechungen,[765] das Schließen der beiden Hände muß die Wehrlosigkeit und Ergebung, die Vereinigung der Hände der beiden Gatten bei der Hochzeit[766] ihre Vereinigung ausdrücken; bei der Anrufung der Götter strecken sich die Hände gen Himmel,[767] bei der Devotio gegen die Brust oder das Kinn,[768] bei einer an die Menge gerichteten Aufforderung dient das Erheben der Hand oder des Fingers als Ausdruck der individuellen Bereitwilligkeit.[769]

---

765) Auch in Rom s. Danz der sacrale Schutz S. 140. Daher fidem und dextram dare gleichbedeutend. Seneca de benef. III 15 ille non est interrogatione contentus, nisi reum manu sua tenuit. Die Zurückführung des Mandats auf diese Sitte bei Isidor Orig. V, 24, 20 (mandare) ist eines von den vielen etymologischen Märchen, an denen dies Kapitel von Isidor so reich ist (s. z. B. oben Note 747).

766) Roßbach a. a. O. S. 308. Ebenso bei Abschluß eines Friedens.

767) Brisson. de voc. ac form. I. c. 62. Beim Votum I. c. 179. Bei dem Opfer vorheriges Waschen der Hände als Zeichen der Reinheit, I. c. 5.

768) Je nach Umständen. Vergleiche Liv. VIII, 9 mit Macrob. Sat. III, 9.

769) So in Rom namentlich bei öffentlichen Licitationen von Seiten des Steigerers, der daher man-ceps hieß. Brisson. de voc. ac form. IV. c. 85. Aber auch bei anderen Gelegenheiten. S. z. B. Liv. III, 46 ... quum instaret .. ut sponsores daret ... manus tollere undique multitudo et se quisque paratum ad spondendum ostendere.

Digitized by Google

Die für das Privatrecht bei weitem wichtigste Function der Hand besteht in dem Greifen und Ergreifen, und rücksichtlich ihrer fließen der symbolische und praktisch-realistische Gesichtspunkt fast unterschiedslos in einander über. Das Ergreifen der Sache bei der Mancipation oder des Schuldners bei der Personalexecution verstattet ebensowohl die Deutung eines ernstlich gemeinten Aktes zum Zweck der physischen Bemächtigung der Person oder der Sache als die eines symbolischen Aktes zum Zweck der Kundgebung der behaupteten rechtlichen Herrschaft. Ja es bietet sich noch eine andere Deutung dar, nämlich die rein deiktische: der Gegenstand wird ergriffen, um dadurch aufs unzweideutigste darzuthun, daß er es ist, den man im Sinn hat, und für einzelne Fälle ist diese Annahme völlig unabweisbar, so z. B. für die Testamentserrichtung, wenn der Testator die Worte spricht: haec uti in his tabulis cerisve scripta sunt u. s. w. und dabei das Testament in der Hand hält.[770])

Das Greifen als solenne Handlung begegnet uns auch außerhalb des Rechts, namentlich bei gewissen religiösen Akten. Bei Einweihung des Tempels muß der Magistrat oder der Pontifex Maximus,[771]) der den Akt vollzieht, indem er die solennen Dedicationsworte spricht, die Pfosten des Tempels ergreifen.[772]) Bei der Anrufung der Mutter Erde in der Devotionsformel wird die Erde erfaßt,[773]) bei dem Eide und dem das Opfer begleitenden

770) Gaj. II, 104.

771) Daß Beide die Pfosten gehalten, wie Marquardt in Becker Handb. der röm. Alterth. IV S. 226 annimmt, beruht auf Mißverständniß und wäre eine Monstrosität gewesen, es hätten denn Beide zugleich dediciren müssen, was wiederum nicht möglich. Der Pontifex sprach dem dedicirenden Magistrat die Formel vor, dadurch ward er aber nicht dedicirendes Subject.

772) Liv. II, 8. Cic. pro domo 46, 47. Val. Max. V, 10 § 1. Daher die Wendung dedicare, consecrare manu. Briss. de vocib. ac form. l. c. 193.

773) Bei Macrob. Sat. III, 9. Ebenso beim Votum an die Ops I, 10 und bei den religiösen Spielen. Cic. de harusp. resp. 11: si puer ille patrimus et matrimus terram non tenuit. Arnob. adv. gent. IV, 31.

Digitized by Google

Gebet der Altar.[774]) Warum? Der Altar ist nicht der Gegenstand, den der Eid oder das Gebet betrifft, die deiktische Deutung des Greifens ist hier also völlig ausgeschlossen. Ich meine, es ist dieselbe Idee, die dem Handauflegen bei Ertheilung des Segens zu Grunde liegt. Bei dem letzten Akt soll die Hand gewissermaßen den Leiter abgeben, durch den der Segen auf das Haupt des Empfängers hinüberströmt, der spirituelle Rapport, die rein geistige Einwirkung wird durch das Verhältniß der physischen Berührung nicht bloß *symbolisch angedeutet*, sondern für die sinnliche Auffassung dadurch überhaupt erst *ermöglicht*, ähnlich wie zur Fortpflanzung des elektrischen Stromes eine Berührung nöthig ist.[775])

Läßt sich nun der Gedanke der substantiellen Substruction spiritueller Einwirkungen und Beziehungen in diesen und anderen Fällen nachweisen, so werden wir schwerlich fehlgreifen, wenn wir ihm auch für das Recht eine gewisse Geltung vindiciren. Die abstracte Erfassung des Willens als einer rein spiritualistischen Potenz d. h. als einer Macht, die durch das bloße *Verkündigen* des Entschlusses ihre rechtlich gestaltende Kraft bethätigt, ist der natürlich sinnlichen Periode zu hoch, der Zug des Materialistischen, der allen ihren Begriffen und Anschauungen eigen ist (§ 43), verläugnet sich auch in ihrem Willensbegriff nicht. Darum soll die *innere* Beziehung, in die der Wille zu einem Gegen-

774) Über den Eid siehe die Belege bei Briss. a. a. O. VIII, c. 10 und *Danz* der sacrale Schutz S. 45, 113; über das Opfer bei Briss. I, c. 63 namentlich Macrob. Saturn. III, 2 ... quod litare *sola non possit oratio*, nisi is qui deos precatur etiam aram manibus apprehendat. Wer beim Zeus schwor, dem Träger des Donnerkeils, hatte als Andeutung daran einen Feuerstein in der Hand. Festus: Lapidem silicem tenebant juraturi per Iovem.

775) Deutet Macrobius mit den gesperrten Worten der vorigen Note nicht auf diese Idee hin, daß das bloße Wort zu wenig substantiell sei, um zu genügen? — Auf dieser Vorstellung beruhte wahrscheinlich auch die Sitte (die Stellen bei Briss. I. c. 49), die den Göttern gebrachten Geschenke an die Pfosten der Tempel aufzuhängen.

Digitized by Google

ſtand treten will, ſich in der äußeren, die rechtliche Ergreifung ſich in der phyſiſchen ſichtbar ausprägen; der Wille muß, ſo zu ſagen, ſubſtantiell in die Sache hinüberſtrömen, um ſie mit ſeiner Macht und Kraft zu erfaſſen. Das Organ aber, in dem dieſe Macht und Kraft zur Verwendung nach außen hin bereit liegt, iſt die Hand. Denn die Hand iſt der eigentliche Sitz der activen phyſiſchen Kraft. So wird alſo die Hand das Werkzeug, das Symbol und der techniſche Ausdruck (manus) für die rechtliche Herrſchaft.[776])

Sie wird das Werkzeug. Wo die rechtliche Herrſchaft begründet werden ſoll, muß die Hand das Object derſelben ergreifen. So zunächſt bei der Mancipation beweglicher Sachen.[776a]) Ob dasſelbe nicht auch in älteſter Zeit für unbewegliche Sachen galt — etwa in der Weiſe, daß wie bei der Vindication eine Scholle ſie repräſentirte[776b]) — darüber gebricht es uns an jedem äußeren

776) Die relativ niedere Natur der faktiſchen Herrſchaft des Beſitzes gegenüber der rechtlichen des Eigenthums drückt die Sprache dadurch aus, daß ſie jenes Verhältniß als bloßen Zuſtand des Seins auf und in der Sache (Sitzen: Beſitzen, sedere: possidere), dieſes dagegen als Gewaltverhältniß (manus, mancipium, mancipare) erfaßt, es liegt darin die geringere Anſpannung der Kraft und des Willensvermögens ausgedrückt.

776a) Gaj. I, 119, 121. An der erſten Stelle hat die Handſchrift »rem tenens«. Wenn Böcking u. Huſchke auf Grund der Autorität von Boethius ad Top. c. 5 (Orelli p. 322) und Varro de L. L. IX § 83 (eine Stelle, die auch auf das Nexum bezogen werden kann) das handſchriftliche »rem« (tenens) in aes verwandeln beziehungsweiſe dasſelbe auf »mancipio accipiebat« beziehen und ein aes einſchieben wollen, ſo ſcheint mir dies höchſt bedenklich. Daß der Empfänger die Sache ergreifen müſſe, ſagt Gajus in der zweiten Stelle ausdrücklich; mit welcher Hand ſollte er das »aes« ergreifen, mit der rechten oder mit der linken? Wozu auch das Ergreifen des aes, bevor es gegeben war? Das Ergreifen der Sache war in demſelben Moment nöthig, wo das hunc hominem meum esse ajo ausgeſprochen ward; ſo war es bei der vindicatio, und nach dem Geſetz der Correſpondenz der Form zwiſchen der Begründung und gerichtlichen Geltendmachung des Rechts (§ 47b) werden wir dasſelbe auch für die mancipatio annehmen müſſen. Und endlich hat ſonſt überall nur derjenige die Sache zu ergreifen, der ſie erwerben will, niemals derjenige, der ſie gibt.

776b) So ſchon Bynkerhoeck (opusc. de reb. manc. c. 10) und

Digitized by Google

Anhaltspunkt.[776c]) Zu Gajus' Zeit setzte man sich bei ihnen sogar über das Erforderniß der Anwesenheit hinweg; die Art, wie er sich darüber ausdrückt,[777]) läßt deutlich erkennen, daß er darin eine Abweichung von dem ursprünglichen Wesen der Mancipation erblickt, die sich auf nichts anderes stütze, als daß es einmal so gehalten werde (solent mancipari). Daß auch bei der in jure cessio das Ergreifen der Sache nöthig war, ergibt sich nicht bloß aus dem Erforderniß desselben bei der Vindication, von der sie nur eine Nachbildung enthielt, sondern wird auch von Gajus (II, 24 . . rem tenens) ausdrücklich betont. So ferner bei dem capere der zum Vestadienst bestimmten Jungfrau von Seiten des Pontifex Maximus (B. 1 S. 113) und bei dem Fassen der Braut von Seiten des Bräutigams bei der Hochzeit.[778]) Dagegen ist das Volk, wenn es Eigenthum erwirbt oder gewährt, an dieses Requisit nicht gebunden (B. 4. Abth. 2), denn der Wille des Volks besitzt, auch ohne daß er sich reell bethätigt, die nöthige Macht und Kraft, das beabsichtigte Verhältniß ins Leben zu rufen. Daher geht durch Addiction, Assignation und auch, weil es sich ursprünglich auf eine lex des Volks stützte, durch das Testament (Erbschaft und Legat) das Eigenthum ohne äußere Bemächtigung der Sache über. Daß es bei Obligationen der Thätigkeit der Hand nicht bedarf, hat darin seinen Grund, daß es sich bei ihnen weder um eine Herrschaft an einer Person, noch um eine an einer Sache handelt; das substantielle Element des Willens

---

neuerdings van Assen Annot. ad Inst. Gaj. I, 121 — zwei Citate, die ich auf Dirksen's Auctorität hin (Sell, Jahrbücher II S. 72) nachschreibe.

776c) An Parallelen aus anderen Rechten fehlt es bekanntlich nicht; für das ältere deutsche Recht ist dies bekannt, für das englische Recht s. Gundermann, engl. Privatrecht I S. 206.

777) Gaj. I, 121 . . . item animalia, quae mancipi sunt, nisi in praesentia sint, mancipari non possunt, adeo quidem ut eum qui mancipio accipit, apprehendere id ipsum quod ei mancipio datur necesse sit, unde etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur, praedia vero absentia solent mancipari.

778) Roßbach a. a. O. S. 328.

Digitized by Google

liegt hier in etwas anderem (B. 4. Abth. 2). Kommt es jedoch zur Perſonalexecution, durch welche ſich der Anſpruch gegen oder an die Perſon in ein Recht an der Perſon verwandelt, ſo iſt conſequenterweiſe wiederum die Hand erforderlich (manus injectio), der Widerſtand des Schuldners erfolgt durch Abwehren der Hand (manum depellere).[779]) Wiederum erſcheint die Hand in dem manum conserere des Vindicationsprozeſſes. Der Vindicant und nach ihm in derſelben Weiſe der Contravindicant ergreift mit der einen Hand die Sache, mit der andern die Vindicta und berührt mit ihr die Sache, indem er dabei die ſolennen Worte ſpricht.[780]) Bei beweglichen Sachen geſchieht dies an der Gerichtsſtätte, bei unbeweglichen verfügten ſich urſprünglich die Parteien mit dem Gerichtsperſonal (Prätor und Lictoren) und Zeugen (superstites) an Ort und Stelle, der Akt ward mithin vor Gericht (in jure im Sinne der XII Tafeln)[781]) vorgenommen. Späterhin gingen die Parteien ohne den Prätor hinaus, der Akt ward jetzt ein außergerichtlicher, wie dies die Aufforderungsformel: ex jure (vom Gericht weg) manum consertum vocare[782]) kundgibt, ja ſchließlich erſparten ſie ſich dieſen das Verfahren unterbrechenden Gang dadurch, daß ſie von vornherein die das Grundſtück repräſentirende Scholle (S. 513) mitbrachten, zu der ſie dann als zum Grundſtück ſelbſt (wenn auch mit zwei Schritten) ſich hinausverfügten d. h. der Akt blieb juriſtiſch ein außergerichtlicher.[783]) Dieſe effective Aufgabe

779) Gaj. IV, 21.

780) Gaj. IV, 16.

781) So ſtellt Gell. XX, 10 wenigſtens die Sache dar.

782) Cic. pro Mur. c. 12. Ich komme auf die Formel ſpäter zurück.

783) Keller, Der röm. Civilprozeß § 14 conſtruirt den Vorgang etwas anders, indem er den Bericht von Cicero und Gajus in einer Weiſe combinirt, die ihm ſelbſt nicht ganz unbedenklich erſcheint. Ex jure vocare kann aber nur den Sinn haben: zu einem Akt aufzufordern, der nicht in jure vorgenommen werden ſoll, dieſer Akt aber wird bezeichnet nicht als Holen der Scholle — die muß bereits da ſein — ſondern als »manum conserere«. Dasſelbe geſchieht alſo extra jus, möge es an dem Grundſtück ſelbſt oder

Digitized by Google

des Requisits der Präsenz bei der Vindication unbeweglicher Sachen schloß mit Nothwendigkeit auch die Aufgabe desselben für die Eigenthumsübertragung derselben in sich. Denn was für die Vindication, war eben damit auch für die Abtretung vor Gericht zugelassen. Das Holen der Scholle konnte für beide Verhältnisse keine Schwierigkeiten machen. Wenn die Parteien einig waren, die Scholle, anstatt von dem vielleicht einige Tagereisen weit entfernten Grundstück, vom ersten besten zu nehmen, wer hatte ein Interesse oder ein Recht, es ihnen zu wehren, oder sollte etwa der Prätor den Beweis auferlegen, daß die Scholle wirklich von jenem Grundstück stamme? Kurz in Wirklichkeit war sowohl für die Vindication als die Abtretung vor Gericht die Nothwendigkeit sich auf das Grundstück zu begeben erlassen. Damit hatte der letztere Akt aber einen bedeutenden Vorsprung vor der Mancipation erlangt, und sollte diese bei unbeweglichen Sachen nicht aus dem praktischen Gebrauch verschwinden, so mußte man sich bei ihr zu derselben Concession verstehen. Der Übergang wird hier wahrscheinlich in derselben Weise wie dort durch Repräsentation des Grundstücks vermittelt worden sein, bis man dann schließlich letztere in allen Anwendungen aufgab. (Note 776b, 776c.)

Das manum conserere bei der Vindication läßt sich unter einen doppelten Gesichtspunkt bringen. Einmal nämlich unter

an der dasselbe repräsentirenden Scholle vorgenommen werden, und eben diese Abweichung von dem in jure manum conserere der XII Tafeln (Gell.: contra XII tabulas) wird durch jenes ex jure ... vocare in solenner Weise kundgegeben. Nach der Keller'schen Auffassung würden die Parteien das manum conserere im Widerspruch mit dieser Formel in jure vornehmen und (vermöge der Scholle) ein Grundstück vor Gericht bringen, extra jus hingegen das nicht thun, zu dem sie sich durch die obige Formel auffordern: das manum conserere, und wiederum zu dem, was sie thun: zu dem Holen der Scholle, sich nicht auffordern. Mit der Rückkehr vor Gericht ist meiner Ansicht nach der Akt des manum conserere beendet, nach Keller (und ebenso Puchta Institt. II § 162 Note o im Text) beginnt er erst jetzt. — S. jetzt hierüber Karlowa, Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprozesses, Bonn 1865 S. 2 fl.

Digitized by Google

den, daß die Hand, wie sie Recht *schafft*, so auch dem Inhaber desselben dazu dienen soll, sich Recht zu *ver-schaffen*, und für *diese* Deutung spricht theils die Bezeichnung des Akts als vindicatio (vim dicere B. 1 S. 163), theils die manus injectio bei der Personalexecution. Sodann aber kann die Hand in jener Anwendung auch eine bloße symbolische Darstellung des in Anspruch genommenen *Rechts* sein, die Kundgebung, daß es sich hier um eine in der Herrschaft (manus) der Partei befindliche Sache handle. Das manum conserere würde hiernach nichts anderes sein als ein beiderseitiges manum (dominium, potestatem sibi) asserere, eine plastische Behauptung des Eigenthums, und vermittelst dieser Auffassung würden wir in diesem Akt einen Ausfluß des unten zu erörternden Gesetzes der Correspondenz der Form (§ 47[b]) erhalten: eine Repetition der Hand bei der Begründung und Geltendmachung des Rechts.

Man möchte noch *einen* Anwendungsfall der Hand vermissen. Bedarf es nicht eines *Entlassens aus* der Hand von Seiten dessen, der das Eigenthum überträgt oder aufgibt? Hier greift die bereits früher (B. 1 S. 110) erörterte Auffassung des alten Rechts in Bezug auf den Charakter der Eigenthumsübertragung ein. Der Nachdruck ruht bei letzterer auf dem *Nehmen*, nicht auf dem *Geben*, eine *active* Thätigkeit wird nur von Seiten des Erwerbers verlangt, für den Geber genügt ein *passives* Verhalten: das Dulden des Nehmens. Nur in *einem* Fall bedarf es, eben weil kein Nehmer auf der andern Seite gegenüber steht, als Zeichen der Aufgabe des Rechts eines Loslassens aus der Hand (e manu mittere), nämlich bei der manumissio. Indem der Herr des Sklaven die solenne Formel spricht, muß er die Hand an ihm halten zum Zeichen, daß er noch ihm gehört; nachdem er sie gesprochen, läßt er die Hand los zum Zeichen, daß er jetzt seine Macht aufgegeben habe.[784])

784) Fest.: *Manumitti* ... caput aut aliud membrum tenens dicebat ... et emittebat. Wie bei der Vindication (und ursprünglich sicher auch der Abtretung vor Gericht), kehrt auch hier die Auflegung der Vin-

Digitized by Google

Dieser letzte Akt liefert uns zugleich einen Beleg für die obige Behauptung, daß die Hand nicht bloß ein Mittel zur Begründung der rechtlichen Herrschaft, sondern auch ein Symbol für sie hergegeben hat; in welchem Maße dies auch rücksichtlich des Namens (manus) der Fall war, ist bereits an anderer Stelle (II 163) bemerkt worden.

Das Wort — die Formel und das Formular. — Die solennen Ausdrücke und Formeln — Unabänderlichkeit derselben — Nothwendigkeit des Sprechens.

XLVII[a]. Von ungleich höherem Interesse als das erste, im bisherigen betrachtete Element der formellen Geschäfte: die Handlungen und Zeichen, ist das zweite: das Wort. Wir können das historische Verhältniß beider im allgemeinen dahin angeben, daß jenes seinen Ursprung und seine Gestaltung mehr dem Leben und der Sitte, dieses dagegen seine Ausbildung mehr der Jurisprudenz verdankte. Darin liegt eine doppelte Differenz beider. Zuerst die ihrer juristisch-künstlerischen Gestaltung und Durchbildung — das Formelwesen ist der Culminationspunkt der juristischen Kunst, jedes Wort verräth die Hand des Juristen. Und sodann die Differenz ihrer juristischen Geltung. Viele der oben mitgetheilten Handlungen und Gebräuche waren rechtlich keineswegs nothwendig, vielmehr ein bloß decorativer Zusatz, den der Verkehr aus freiem Antriebe den Rechtsgeschäften hinzufügte. Die Worte und Formeln hingegen, die wir im Folgenden kennen

---

dicta wieder. Über die symbolische Bedeutung des Schlages, den der Sklave erhält (Unterholzner in der Zeitsch. für geschichtl. Rechtsw. B. 2 Abh. V Anm. 20, 25, 29), kann man verschiedener Ansicht sein. Das Herumdrehen des Freizulassenden — ein Akt, der auch bei der Emancipation vorkam, s. z. B. L. 6 pr. Cod. de emanc. lib. (8. 49): circumductiones — ist bereits früher (S. 507) von mir zu erklären versucht. Übrigens wiederholte sich derselbe Akt auch in einer Anwendung, in der eine andere Deutung nothwendig wird, nämlich bei der Anbetung der Gottheit, siehe die Stelle bei Brissonius l. c. 58.

Digitized by Google

lernen werden, waren absolut obligater Natur; der Nichtgebrauch derselben machte das ganze Geschäft nichtig.

Eben dadurch unterschied sich die Formel zugleich vom Formular. Die Benutzung jener beruhte auf rechtlicher Nothwendigkeit, die dieser auf freier Wahl, jene war die ausschließliche Form, in der ein bestimmtes Geschäft bei Strafe der Nichtigkeit abgeschlossen werden mußte, diese bot lediglich eine Anleitung zur geschickten und umsichtigen Abschließung desselben, einen Entwurf, dessen Werth theils durch die genaue Berücksichtigung aller bei demselben zu beachtenden materiellen Punkte und Umstände, theils durch die vorsichtig und als angemessen erprobte formelle Redaction desselben bedingt war. Das Formular gewährt uns daher ein treues Bild des Geschäfts selbst nach seinem ganzen Umfang und Inhalt, während die Formel vielfach nur ein abstractes Willensschema darstellt, das seinen concreten Inhalt erst von den Parteien erwartete.

Der Gebrauch der Formulare für Rechtsgeschäfte empfiehlt sich in dem Maße durch Rücksichten der Bequemlichkeit und Zweckmäßigkeit, daß wir ihn wenn auch in sehr verschiedenem Grade zu allen Zeiten und in allen Rechten wiederfinden. Überhebt das Formular einerseits die Contrahenten der Mühe der eigenen Abfassung, und bietet es ihnen dafür eine Fassung, die, in der Regel von kundiger Hand entworfen, im Leben bereits ihre Probe bestanden hat, so sichert es ihnen andererseits den Vortheil, sie auf alle bei dem Geschäft in Obacht zu nehmenden Punkte aufmerksam zu machen, es leistet ihnen in der That den Dienst, dem manche Sammlungen derselben ihren Namen entlehnt haben, den „eines getreuen und fürsichtigen Rathgebers".

Zu diesen für alle Zeiten Anwendung findenden Gründen gesellen sich nun für gewisse Culturstufen der Völker und Rechte noch andere hinzu, die dieser Einrichtung für sie eine erhöhte Brauchbarkeit und Geltung verschaffen. In einer Zeit, wo die Schreibkunde und die Herrschaft über die Sprache keine allgemeine Verbreitung erlangt hat, wird Jeder, der derselben ermangelt, bei

Digitized by Google

allen einigermaßen wichtigen und complicirten Geschäften nahezu gezwungen sich eines Formulars zu bedienen. Damit trifft ein anderer Umstand zusammen. Jene Stufen der Rechtsentwicklung, die wir hier im Auge haben, sind zugleich die, auf denen das Recht und namentlich das s. g. dispositive (besser vielleicht: das suppletorische, subsidiäre) Recht am wenigsten entwickelt ist. Unser heutiges Recht ergänzt in vielfacher Weise den ausgesprochenen Willen der Parteien, insbesondere bei Verträgen. Eine Menge von Punkten haben sie gar nicht nöthig ausdrücklich auszumachen, das Gesetz supplirt sie als präsumtiven Willen der Partei (s. g. naturalia negotii), so z. B. beim Kauf den Anspruch des Verkäufers auf Zinsen des Kaufpreises nach seinerseits beschaffter Lieferung der Sache, so im späteren römischen Recht beim pignus das Recht des Pfandverkaufs, das früher durch ein ausdrückliches pactum de vendendo hatte ausbedungen werden müssen, ja in einigen Fällen das Pfandrecht selbst (pignus tacitum). Bei einer solchen Gestalt des Rechts können sich die Parteien, meistens ohne sonderlich Gefahr zu laufen, auf die Hauptpunkte des Geschäfts beschränken; das Gesetz, die Jurisprudenz thut das Übrige. Anders aber auf der von uns supponirten Entwicklungsstufe des Rechts. Hier fehlt es noch an jener Ergänzung des Willens; was gelten soll, muß von den Parteien selbst gesetzt sein, die »lex contractus« muß um so vollständiger sein, je sparsamer, lückenhafter die lex publica de contractibus ist (S. 300). Eine Menge von Bestimmungen, die in späterer Zeit gesetzliche geworden sind, mußten früher ausdrücklich im Vertrage festgesetzt werden.[785])

Für das alte Rom speciell kam schließlich noch ein fernerer Grund hinzu. Er lag in der formalistischen Strenge des älteren

785) Im dritten System werde ich diesen Übergang conventioneller Bestimmungen in gesetzliche an verschiedenen Beispielen erläutern; es ist eine der beachtenswerthesten Erscheinungen in der Bildungsgeschichte des späteren Rechts — manchen Rechtssatz kann man nur dann wirklich verstehen, wenn man ihn in seiner vorgesetzlichen d. h. rein vertragsmäßigen Form kennt.

Digitized by Google

Rechts und Prozesses. Was half es, wenn ein Vertrag oder ein Testament in materieller Beziehung auch noch so vollständig abgefaßt, dabei aber ein Ausdruck gebraucht war, an dem die stricte Wortinterpretation der ältern Zeit Anstoß nahm? Die Ersichtlichkeit, Zweifellosigkeit des wirklichen Willens glich den Mißgriff in den Worten nicht aus. Hier also kam es vor allem darauf an, sich auch rücksichtlich des Ausdrucks sicher zu stellen, und welche größere Sicherheit könnte es geben, als die Benutzung einer Fassung, die bereits in andern Fällen mit Erfolg zur Anwendung gekommen war, die das gefährliche Fahrwasser des ältern Prozesses bisher glücklich durchschifft, die exegetische Feuer- und Wasserprobe wortklaubender Juristen unversehrt bestanden hatte?

Kein Wunder also, daß jene Einrichtung im ältern Rom eine Verbreitung und Geltung fand, für die uns die Gegenwart jeden Vergleich versagt. Zeugniß dafür legt ab zunächst die hohe Schätzung, ja die literar-historische Celebrität, deren sich die Concipienten und Sammler der Formulare erfreuten.[785a]) Ein neues, geschickt abgefaßtes Formular brachte seinem Urheber mehr Ehre, Anerkennung, Ruhm beim Volke als heutigen Tages die beste juristische Leistung je erwarten darf, und im Namen des Formulars dauerte mitunter noch lange das Gedächtniß des Erfinders fort.[786]) Selbst die bloßen Sammler gangbarer Formulare

---

785a) So auch in England. Gundermann a. a. O. S. 211 „die Fertigung und Auslegung der gesiegelten oder förmlichen Urkunden, von welchen bloße Handschriften wohl zu scheiden sind, bildet schon frühzeitig eine eigene Wissenschaft mit einer selbständigen Literatur."

786) Welcher Jurist kennt nicht die stipulatio Aquiliana von Aquilius Gallus (zur Zeit Cicero's)? Von seinen Schriften ist uns nichts erhalten, aber jene stipulatio, sowie die postumi Aquiliani und die formulae (actio) doli mali haben seinen Namen auf die Nachwelt gebracht. Ein anderes Beispiel gewährt die cautio Muciana seines Lehrers Q. Mucius Scävola. Die Sache erinnert an eine ähnliche Erscheinung auf dem Gebiete der Medicin. — Tropfen, Pillen u. s. w. verschaffen dem Namen ihrer Erfinder oft eine weitere Celebrität, als die größten medicinischen Entdeckungen sie zu gewähren vermögen.

Digitized by Google

machten ſich damit einen Namen, wie z. B. Mamilius durch die nach ihm benannten,[787]) und zum vollſtändigen Hausinventar eines ſoliden römiſchen Hausvaters gehörte ſicherlich, wie heutzutage bei Bürger und Bauer eine Sammlung von Hausmitteln aller Art oder ein Briefſteller, ſo damals eine Sammlung ſolcher juriſtiſcher Recepte. Schriftſteller, die Dinge des praktiſchen Lebens behandelten, wie z. B. den Landbau, vergaßen nicht, auch die dahin einſchlagenden juriſtiſchen Recepte mitzutheilen, und in den uns erhaltenen Schriften von Cato und Varro figuriren friedlich neben einander Anweiſungen zur Bereitung des Miſtes und Moſtes, zur Heilung der Krätze des Viehs und Zauberſprüche gegen Podagra mit wohl clauſulirten Anleitungen und Formularen zum vorſichtigen Ankauf des Viehs, zum Verdingen der ländlichen Arbeiten, zum Verkauf der Früchte und zu andern Geſchäften.[788])

Wir ſind leicht geneigt, wie den Werth und das Verdienſt, ſo auch die Schwierigkeiten der Anfertigung ſolcher Formulare zu unterſchätzen. Ein neues Formular bedeutete für den Verkehr eine neue Bahn, die er einſchlagen konnte, und die er bis dahin vielleicht ſchon lange vergebens geſucht hatte; es war eine in praktiſcher Beziehung ungleich wichtigere Leiſtung, als wir von unſerm Standpunkt aus uns denken, und der Vergleich mit der Erfindung eines probaten mediciniſchen Hausmittels, das viele mediciniſche Bücher aufwiegen kann, trifft auch in dieſer Beziehung zu. Die Schwierigkeiten lagen nicht bloß darin, worin wir heutzutage ſie allein ſuchen würden: in der genaueſten Beachtung aller irgendwie in Betracht kommenden Punkte, in der Berechnung und Berückſichtigung aller Eventualitäten und der ſorgfältigſten Wahl des

787) Varro de re rust. II, 5, 7.

788) S. z. B. Cato de re rustica 144: oleam legendam hoc modo locare oportet, 145 .. faciendam hac lege und die folgenden Kapitel. Varro de re rustica II, c. 2: emtor stipulatur prisca formula sic; und die folgenden Kapitel 3—5: eos cum emimus domitos, stipulamur sic .. cum indomitos, sic.

Digitized by Google

Ausdrucks. Es gesellten sich noch zwei andere durch die Eigenthümlichkeit des ältern Rechts bewirkte hinzu. Einmal nämlich die Anforderung einer kunstgerechten Redaction im Sinne der ältern Jurisprudenz (s. u.) und sodann eine andere, die ich hier nur andeuten kann und erst bei einer andern Gelegenheit (B. 4 §§ 56, 58) genauer besprechen werde. Nicht selten nämlich kam es darauf an, erst durch eine geschickte Manipulation, durch Umwege u. s. w. die juristische Möglichkeit des Geschäfts zu vermitteln, den Gesichtspunkt aufzufinden, der demselben freien Eingang ins Recht gewährte. Kurz es galt eine eigenthümliche Aufgabe der juristischen Construction, die einerseits nicht bloß die vollständige Beherrschung des Rechts, sondern andererseits ein gewisses Geschick und Erfindungsvermögen voraussetzte.

Das Material, das uns für die im Folgenden zu versuchende Bearbeitung des Formelwesens zu Gebote steht, leidet an einer doppelten Unvollkommenheit. Zunächst sind uns nämlich von einer nicht unbeträchtlichen Zahl von Rechtsgeschäften die betreffenden Formeln theils gar nicht, theils lückenhaft erhalten, [789]) und von dem großen Vorrath der Formeln des Legisactionen-Prozesses (s. u.) besitzen wir kaum mehr als die eine und andere. Sodann und vor allem aber stützt sich das meiste, was wir wirklich haben, wenigstens die Formeln und Notizen, welche das Privatrecht betreffen, auf die Referate der spätern klassischen Juristen, und diese theilen uns regelmäßig nur das zu ihrer Zeit Geltende mit. Die Annahme, daß dies stets auch das Ursprüngliche gewesen, ist aber aus dem Grunde höchst mißlich, weil die Bande

789) So fehlen uns z. B. gänzlich: die Formeln der confarreatio, diffarreatio, coemptio, des nexum: bei den von Gajus III, 174 und II, 104 mitgetheilten Formeln der nexi solutio und familiae mancipatio sind gerade die entscheidenden Worte ausgefallen, und welchen Werth die modernen Restitutionsversuche haben, werden wir unten Gelegenheit finden zu zeigen.

Digitized by Google

des Formalismus sich nachweisbarermaßen zu ihrer Zeit schon vielfach gelockert hatten. Der Geist der alten Jurisprudenz, jene Peinlichkeit und Strenge in den Worten, der Sinn und das Verständniß für das Formelwesen war bereits im Scheiden. Ein alter Jurist hätte sich nie auch nur die geringste Abweichung in der Mittheilung einer Formel erlaubt; an derartigen Beispielen aus der spätern Zeit fehlt es keineswegs.[790]) Neben der alten Formel wurden zur Auswahl andere neuere zugelassen — ebenfalls ein entschiedener Abfall vom Geist der älteren Zeit, denn die duldete, so weit ich habe bemerken können, für jedes Geschäft nur eine Formel. Für einzelne Fälle gewähren die Quellen noch die Möglichkeit, diesen Abstand zwischen der alten und neuern Zeit, ja sogar den zwischen der nur durch ein halbes Jahrhundert getrennten Zeit des Gajus und des Ulpian streng nachzuweisen. So erklärt jener eine Ungenauigkeit in der Fassung der Stipulation für schädlich, die dieser als einflußlos bezeichnet.[791]) So kennt Ulpian drei Formeln der Erbeseinsetzung, die uralte: heres esto, und zwei andere, von denen Gajus nur eine für zulässig erklärt, und dies in einer Weise, aus der man deutlich ersieht, daß man sich erst zu seiner Zeit darüber geeinigt hatte.[792]) Ein ähnliches Verhältniß waltet zwischen den von ihnen angegebenen Formeln der Vermächtnisse ob.[793]) Was hier zufälligerweise nachweisbar ist — und es ist dies erst seit Auffindung des Gajus — wird sich auch in andern Fällen wiederholt haben, von denen uns keine

790) Man vergleiche z. B. die Mancipationsformel bei Gaj. I, 119: isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra mit der bei Paulus Vat. fr. § 50 emtus mihi est pretio und die Vertauschung der Conjunction cum und quod bei Ulp. XXII, 28 und Gaj. II, 166.

791) Vergleiche Gaj. III, 102 mit L. 1 § 4 de V. O. (45. 1).

792) Ulp. XXI. Gaj. II, 117 .. sed et illa (heredem esse jubeo) comprobata videtur.

793) Gaj. II, 201. Ulp. XXIV, 4. s. Note 827b. Die Formel: dare jubeo kennt Gajus noch nicht, während er die Formel »dato« neben der ursprünglichen »damnas esto dare« für zulässig erklärt. Bei der Freilassung (II, 267) war, wie sich jetzt durch Studemund's Vergleichung ergeben hat, die Formel: liberum esse jubeo bereits zu seiner Zeit approbirt.

Digitized by Google

Kunde aufbewahrt ist. Solche Beobachtungen mahnen aber zur Vorsicht und Kritik in der Benutzung des Materials.

Auf welche Unterlage kann diese Kritik sich stützen? Das Formelwesen beschränkte sich, wie ich früher bemerkt habe, keineswegs auf den Prozeß und das Privatrecht, sondern erstreckte sich auch auf das öffentliche und geistliche Recht und die Religion, und zwar entstammte es in allen diesen Anwendungen einer und derselben Hand: der der Pontifices (§ 42). Dies ist ein höchst wichtiger Umstand. Denn er erschließt uns für unser Unternehmen eine reichhaltige Quelle des Materials, er verstattet uns nämlich, die Lücken des einen Theiles aus dem andern einigermaßen zu ergänzen. Besonders werthvoll wird er aber dadurch, daß gerade jene Anwendungsgebiete des Formalismus, die uns zunächst nicht interessiren, Formeln aufzuweisen haben, welche unläugbar in das früheste Alterthum hinaufreichen, wie z. B. die von Livius mitgetheilten des jus fetiale (s. u.). Legen wir diese und andere unserer Untersuchung zu Grunde, so wird es gelingen, uns des wesentlichen Kerns des alten Formelwesens zu bemächtigen. Was von den Formeln oder den auf sie bezüglichen Erscheinungen der spätern Zeit mit dem so Gefundenen im entschiedenen Widerspruch steht, von dem werden wir mit aller Zuversicht behaupten dürfen, daß es, weil den Charakter der alten Zeit verläugnend, neuern Ursprungs sein muß.

Der formelle Charakter unseres zweiten Elements der Rechtsgeschäfte beruhte auf zweierlei: (1) es waren bestimmte Worte, und dieselben mußten (2) gesprochen werden. Unterziehen wir diese beiden Momente einer nähern Betrachtung.

1. Moment der Bestimmtheit.[794])

Es waren bestimmte, d. h. ein für alle Mal vorgeschriebene Worte oder Sätze, deren sich die Parteien für die verschiedenen

---

794) Verba certa, solennia (d. i. sollo = toto anno = alljährlich

Digitized by Google

Rechtshandlungen, sowohl des Prozesses als des Verkehrs zu bedienen hatten. Diese Bestimmtheit aber war graduell verschieden. Bei der einen Handlung war die Partei mehr, bei der andern weniger eingeengt, bald war es eine längere Formel, eine ganze Litanei, die sie nachzubeten hatte, bald nur ein einzelnes Schlagwort, ein das Geschäft bezeichnender Kunstausdruck, den sie gebrauchen mußte — gewissermaßen eine bloße, dem Geschäft anzuheftende Etikette. Begreiflicherweise mußte überall dem concreten Inhalte des Geschäfts Raum gelassen werden sich zu entfalten, jedes einzelne Geschäft bestand daher nothwendigerweise aus der Verbindung eines abstracten oder festen mit einem individuellen oder concreten Bestandtheil. Aber in sehr verschiedener Weise. Es liegt z. B. auf der Hand, daß der Prozeß sich nicht ausschließlich in fest bestimmten Formeln bewegen konnte, der Verhandlung der Parteien mußte vielmehr ein angemessener Spielraum gelassen werden, und nur für die entscheidenden Momente desselben konnte man zur bestimmteren Hervorhebung und dauernden Fixirung derselben die Benutzung einer Formel verlangen.[795]) Eine Fixirung

---

wiederkehrende), legitima (streng genommen die einer lex entnommenen, allein der Sprachgebrauch ist ein weiterer). Ulp. IX, 1. XIX, 3. Gaj. I, 112. IV, 29. Gell. XI, 1, 4. Briss. I. c. 181. Bei Nichtjuristen andere Ausdrücke z. B. carmen, solenne carmen, certa nuncupatio verborum und auch formula in Anwendung auf Rechtsgeschäfte (bei Juristen vorherrschend von der Formula des Formularprozesses gebraucht, bei Gaj. IV, 24 forma für eine legis actio, s. auch L. 2 § 7, 12 de orig. jur. 1. 2). Der Ausdruck: concepta verba (z. B. beim Eid: Briss. VIII, 10, und Formularprozeß) weist auf die Abfassung im einzelnen Fall hin, allein wie die conceptae feriae (im Gegensatz der stativae, die ipso jure an bestimmte Tage geknüpft waren) dem Herkommen nach zum Theil immer auf gewisse Tage gelegt wurden, also stehend waren (Macrob. Sat. I, 16), ungeachtet sie ihrem Begriff nach lediglich auf der freien Bestimmung des Magistrats beruhten, so auch die concepta verba.

795) In der Vindicationsformel bei Gajus IV, 16 wird auf einen solchen vorausgegangenen freien Vortrag der Partei Bezug genommen: ... secundum suam causam, sicut dixi. Diese Bedeutung des »sicut dixi« wird freilich von Manchen bestritten, s. z. B. Karlowa, Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprozesses S. 14 fl. Wenn Keller, der

Digitized by Google

und Concentrirung des eigentlichen Streitpunktes in Form einer Thesis ist wie für eine Disputation so auch für den Prozeß von größtem Nutzen. Ohne die der Verhandlung nöthige Freiheit zu beeinträchtigen, verhindert sie, daß der Streit sich ins Unbestimmte verliere, und daß schließlich gar der eigentliche Streitpunkt zweifelhaft werde. Unser heutiger Prozeß macht den Mangel dieser Einrichtung vielfach sehr fühlbar.

Im Unterschiede vom Prozeß war dagegen das Testament sowohl rücksichtlich seiner Errichtung als seiner einzelnen Dispositionen an feste Formeln gebunden, es gab in ihm kein Fleckchen, auf dem man sich frei hätte bewegen können. Die Einsetzung des Erben, die Enterbung, die Vermächtnisse, die Ernennung des Vormundes, die Verleihung der Freiheit an Sklaven, die Ansprache an die Zeugen, die Antwort des familiae emtor — alles hatte seine bestimmte Form und zum Theil auch seine bestimmte Ordnung (s. u.). Bei der Stipulation beschränkte sich der feste Theil des Geschäfts auf das bloße Wörtchen: spondes? — ein Blankett, das man mit beliebigem Inhalt und in beliebiger Ordnung ausfüllen mochte.

Innerhalb der Formeln gibt es eine graduelle Differenz ihrer Bestimmtheit, deren die Römer selber gedenken: gewisse Formeln (und als Beispiel werden uns namentlich die Legisactionen genannt) vertragen durchaus keine Änderung, weder einen Zusatz, noch eine Auslassung, andere lassen dieselbe zu, natürlich nur in-

römische Civilprozeß § 18 es für möglich hält, daß schon im Legisactionenprozeß bei der legis act. per condictionem „die verba solennia ganz hinweggefallen seien oder doch auf weniges reducirt wurden", so wird gegen die letztere Möglichkeit Niemand etwas einzuwenden haben, die erstere aber steht mit allem, was wir vom alten Recht und Prozeß wissen, in so schneidendem Widerspruch, daß ich kaum begreife, wie ein Mann wie Keller sich zu einer olchen Behauptung hat verstehen können — es ist wieder einmal ein schlagender Beleg für die Erscheinung, welche die Anhänger der sogenannten historischen Schule mir so oft Gelegenheit gegeben haben zu constatiren, daß man alle Kleinigkeiten und Einzelheiten in der Hand haben und doch in Bezug auf allgemeine Fragen so urtheilslos sein kann, wie ein gänzlich Unkundiger.

Digitized by Google

sofern sie sich ihrem Zweck oder Inhalt nach mit dem Zweck des Geschäfts vertragen.[796]) Wir können, wie ich glaube, noch weitere Grade dieser Bestimmtheit unterscheiden. Freilich sind die Gränzlinien zum Theil minder fest und scharf, allein da der einzige Zweck darin besteht, uns das Vorhandensein einer gewissen Abstufung innerhalb der Formeln zur Anschauung zu bringen, und ein juristisches Interesse sich an diese Unterscheidung überhaupt nicht knüpft, so kommt es auf eine präcise Durchführbarkeit derselben nicht an.

Ich unterscheide:

1. Schlagworte. Regelmäßig treffen sie mit dem Namen des Geschäfts selbst zusammen,[796a]) so z. B.:

Name des Geschäfts:	Schlagwort:
Sponsio	spondeo
Fidepromissio	fidepromitto
Fidejussio	fidejubeo
Acceptilatio	acceptum habeo
Heredis institutio	heres esto
Exheredatio	exheres esto
Praes	Praes sum.

796) Vat. fr. § 318. Non tamen sic putat certis verbis cognitorem dari debere, ut si quid fuisset adjectum vel detractum, non valeat datio ut in legis actionibus.

796a) Für das von mir in der ersten Auflage mit aufgeführte Beispiel der tutoris auctoritas: auctor fio gibt es keinen direkten quellenmäßigen Beleg. Im Geist des ältern Rechts zweifle ich aber nicht daran, daß wie für alle Rechtsakte so auch für diesen eine bestimmte Ausdrucksweise nöthig war. Hätte der Tutor bloß mit beliebigen Worten seinen Consens ertheilen können, wie Manche annehmen, so begreife ich nicht, warum die L. 19 de auct. tut. (26. 8), während sie im Übrigen die praktische Möglichkeit der Bestellung eines curator für einen Unmündigen anerkennt, doch »ad explicanda ea, quae solennitatem juris desiderant« einen Tutor für nöthig erklärt. Consentiren konnte der Curator so gut wie der Tutor; wessen er aber unfähig war, war die »auctoritatis interpositio«, letztere kann also nicht in dem bloßen Consens bestanden haben, sondern sie muß so gefaßt gewesen sein, daß sie für den curator nicht paßte, d. h. sie muß das Wort auctor oder auctoritas enthalten haben.

Digitized by Google

2. Elastische Formeln: Sätze, welche in ihren wesentlichen Punkten fest sind, aber in gewissen Hinsichten eine Abänderung vertragen, z. B. die cognitoris datio (Note 796), die Bestellung eines ususfructus durch in jure cessio (Möglichkeit der Hinzufügung eines dies).
3. Feste, aber schematische Formeln: d. h. solche, welche concret ausgefüllt werden müssen, im übrigen aber unabänderlich sind. Das älteste Beispiel dieser Art mag die von Livius erhaltene Formel der Kriegsankündigung sein, in der an betreffender Stelle der Name des Feindes genannt wird.[797] Aus dem Civilrecht und Prozeß nenne ich folgende:

Angabe der Person:

Name des Erblassers in der Formel der cretio bei Antretung der Erbschaft: cum me Maevius heredem instituit. Ulpian. XXII, 28;

der Summe:

bei der manus injectio, Gaj. IV, 21, und der nexi solutio, Gaj. III, 174;

des Gegenstandes:

des Grundstücks bei der Vindication (Lage desselben), Cic. pro Mur. 12;[798]

des Verhältnisses:

---

797) Liv. I, 32: Audite fines (cujuscunque gentis sunt nominat) ... populum illum (quicunque est, nominat) ... In den Formularen des Formularprozesses figuriren die Namen Aulus Agerius Numerius Negidius. Wenn Cicero's Vorwurf pro Murena 13: et quia in alicujus libris exempli causa id nomen invenerant, putarunt omnes mulieres, quae coemptionem facerent, Gajas vocari begründet wäre, so wären hier die Blankettnamen ähnlich wie in dem Beispiel, das Keller Röm. Proz. § 40 a. E. aus dem englischen Prozeß mittheilt, fingirte Namen geworden, s. jedoch darüber Roßbach Untersuch. über die röm. Ehe S. 352.

798) Gaj. IV, 16 hat bloß: hunc hominem, ähnlich wie bei der in jure cessio II, 24 und der mancipatio I, 119, und es ist denkbar, daß bei Vornahme dieser Akte an beweglichen Sachen die namentliche Bezeichnung der Sache hinweggefallen ist, da sie durch die Gegenwart und das Halten derselben überflüssig gemacht wurde.

Digitized by Google

Nexi solutio, Gaj. III, 174 und gewiß auch bei der pignoris capio, Gaj. IV, 29.

4. Unabänderliche Formeln: solche, bei denen selbst die Namhaftmachung der individuellen Umstände (weil überflüssig) unstatthaft war. Dahin gehörten z. B. die Formeln des Testators und des familiae emtor, Gaj. II, 104, die des Vindicationsrituals, Gaj. IV, 16. Cic. pro Murena 12.

Ich brauche nun wohl kaum zu bemerken, daß diese formelle Verschiedenheit nur die Folge und der Ausdruck einer materiellen war. Für gewisse Handlungen war man der Ansicht, daß sie ihrem wesentlichen Bestande nach in dem Maße fest und bestimmt gegeben seien, daß jede Abweichung davon vom Übel sei. Der Ausdruck für diese Ansicht war eine Formel der dritten und vierten Classe. Bei andern verhehlte man sich nicht, daß man der Autonomie der Privaten einen freieren Spielraum gewähren müsse, begnügte sich also, nur die Hauptpunkte namhaft zu machen, oder überließ selbst sie der individuellen Feststellung. In jenem Fall gab man eine Formel der zweiten Classe, in diesem beschränkte man sich auf ein bloßes Schlagwort.

Soweit nun das Requisit der Bestimmtheit reichte, hatte es bei allen Geschäften dieselbe Kraft und Geltung. Eine Acceptilation, bei der das Wort: acceptum habeo mit einem andern gleichbedeutenden vertauscht war, war um nichts weniger nichtig als jene Legisactio von Gajus, bei der statt arboribus: vitibus gesetzt war.[798a]) Zwischen dem materiellen Recht und dem Prozeß fand in dieser Beziehung nicht die geringste Verschiedenheit Statt, was zu betonen aus dem Grunde nicht überflüssig sein dürfte, weil das obige celebre Beispiel von Gajus und sein bekanntes Urtheil über die minutiöse Ängstlichkeit, mit der das Wort im ältesten Prozeß gehandhabt worden sei (Gaj. IV, 30), leicht den Schein des Gegentheils hervorrufen könnte. Fühlbarer war allerdings die Strenge im Prozeß, denn ein Versehen in der

798a) Gaj. IV, 11.

Digitized by Google

Form ließ sich nicht mehr ungeschehen machen, während ein Versehen bei Abschließung eines Rechtsgeschäfts durch erneuerte Vornahme desselben rectificirt werden konnte. Aber die Strenge in der Beurtheilung der Form war hier wie dort ganz dieselbe. Ebenso war sie es bei den verschiedenen oben mitgetheilten Formen der Rechtsgeschäfte, und der Schein des Gegentheils beruht nur darauf, daß das Maß der Form, d. h. ihrer Bestimmtheit bei der einen geringer war als bei der andern. Eine sponsio, die nichts als den Gebrauch des Wortes spondesne erforderte, konnte Jeder abschließen, ein Testament abzufassen erforderte eine genaue Vertrautheit mit den dabei zu beachtenden Regeln. Aber die Strenge, mit der man auf Beachtung der Form hielt, war bei allen formellen Akten ganz dieselbe; sie kannte keine Grade und konnte sie nicht kennen, und dasselbe gilt auch für das heutige Recht, soweit dasselbe, wie z. B. beim Wechsel, eine bestimmte Form erfordert. Denn diese Strenge ist nichts Positives, Willkürliches, sondern mit dem Begriff der Form selbst unvermeidlich gegeben — jede Abweichung von der vorgeschriebenen Form enthält eine Verletzung derselben; eine Unterscheidung zwischen klein und groß, wesentlich und unwesentlich ist dabei nicht möglich, wenn man nicht der reinsten Willkür verfallen will. Denn wo wäre die Gränze? Wird einmal ein volles Pfund verlangt, so ist es gleichgültig, ob ein Gran oder ein Loth fehlt, das Pfund ist kein volles! Ist einmal ein bestimmtes Wort für wesentlich erklärt, wie dürfte es vertauscht werden mit einem gleichbedeutenden? Sind es mehrere Worte, welches könnte man erlassen? Ist es eine bestimmte Ordnung derselben — und wir werden unten (§ 47[b]) sehen, daß diese Ordnung bei den altrömischen Formeln Gegenstand der sorgfältigsten Erwägung war — was dürfte daran geändert werden? Kurz, es gibt hier keinen Unterschied zwischen groß und klein, das Kleinste wiegt gerade so schwer wie das Größte, die exacteste Genauigkeit und peinlichste Strenge ist mit dem Begriff des Formalismus so unabweisbar gesetzt, daß wer sie nicht will, die

Digitized by Google

ganze Einrichtung fallen lassen, wer aber letztere will, jene mit in den Kauf nehmen muß.

Wenn nun das ältere römische Recht im Vergleich mit dem spätern uns den Eindruck der äußersten formalistischen Strenge macht, so liegt dies nicht an der Strenge und Peinlichkeit der Handhabung der einmal vorgezeichneten Form Seitens der alten Juristen, sondern in der Strenge und Peinlichkeit der Vorzeichnung derselben.

Daß im Legisactionenprozeß ein einziges Wort den Prozeß kosten konnte, ist bekannt, aber es war dies so wenig etwas Eigenthümliches der ältern Prozeßform, daß es für die neuere: den Formularprozeß ganz in derselben Weise galt.[798b]) Wie der Ausfall eines Wortes oder die Vertauschung desselben mit einem gleichbedeutenden (z. B. bei der im Prozeß gebotenen Form der sponsio der Abschluß derselben mit promittisne statt mit spondesne), so begründete auch die Veränderung der Reihenfolge der Worte,[798c]) der Gebrauch einer neuern Wortform, wo für die Formel die ursprüngliche geblieben war, ja sogar das Geschlecht,[798d]) einen Nichtigkeitsgrund. Ebenso Zusätze, wenn die Formel eine feste unabänderliche war, und zwar traf die Nichtigkeit nicht etwa den Zusatz, so daß das Geschäft im übrigen gültig geblieben wäre, sondern das ganze Geschäft. Auf die Bescheidenheit des Zusatzes kam nichts an; mochte er sich mit dem Zweck des Geschäfts vertragen oder nicht, mochte er in-

798b) [916] Quint. Inst. orat. VII, 3, 17 quum si uno verbo sit erratum, tota causa cecidisse videamur. Ich schalte im Folgenden eine Ausführung ein, die in der ersten Ausgabe an anderer Stelle (S. 681) ihren Platz gefunden hatte, und füge die alten Notenzahlen in Parenthese hinzu.

798c) [917] Plin. H. N. XXVIII, 3 .. ne quid praeposterum dicatur. Das Hauptbeispiel gewährt das Testament, s. § 47c.

798d) [918] Das Wort ovis, im späteren Sprachgebrauch Femininum, war ursprünglich Masculinum, und daran hielt die Formel der multae dictio auch später noch fest; als Femininum gebraucht begründete es Nichtigkeit. Gell. XI, 1, 4 .. nisi eo genere diceretur, negaverunt justam videri multam.

Digitized by Google

haltlos, mochte er gänzlich sinnlos sein — es war ein Zusatz, und die Form duldete keinen Zusatz.

Damit hängt die bekannte Regel des römischen Rechts zusammen: expressa nocent, non expressa non nocent.[798e]) Die solennen Rechtsgeschäfte, sagt Papinian,[798f]) welche keine Bedingung oder Zeitbestimmung zulassen, werden durch das Hinzufügen einer solchen schlechthin nichtig, selbst wenn sich der Inhalt derselben von selbst versteht, wie z. B. die zu dem bedingten Geschäft des Pupillen (also stillschweigend unter derselben Bedingung) ertheilte tutoris auctoritas, die acceptilatio einer bedingten Schuld durch ausdrückliche Namhaftmachung der Bedingung.[798g])

Eine nothwendige Consequenz der Bestimmtheit der Form war die, daß die vorgeschriebenen Worte und Formeln sich nicht in eine andere Sprache übertragen ließen. Waren es einmal diese Ausdrücke, deren man sich bedienen mußte, wie hätte man statt derselben z. B. griechische gebrauchen können? Eben so gut hätte man gleichbedeutende lateinische wählen können? Ein Ausländer also, der das römische Bürgerrecht oder Commercium erworben hatte, mußte alle Geschäfte des jus civile in lateini-

---

798e) [919] L. 52 de cond. (35. 1). L. 195 de R. J. (50. 17). Siehe darüber Savigny Syst. B. 3 S. 124, 125. Daß, um mit seinen Worten zu reden, „das Wesen hierbei der Form geopfert wird", ist vollkommen richtig, allein eben darauf beruht das Wesen der Form.

798f) [920] L. 77 de R. J. (50. 17). Der hier gebrauchte Ausdruck: actus legitimi scheint kaum ein technischer gewesen zu sein, da er sich bei keinem anderen Juristen wiederholt, ebensowenig wie das civile negotium bei Ulp. XI, 27.

798g) [921] Die beiden Beispiele s. in L. 77 cit. und L. 8 de tut. auct. (26. 8). Zu den in der ersten Stelle genannten Geschäften kommen noch hinzu die tutoris auctoritas und rücksichtlich der Unzulässigkeit der Bedingung die Bestellung eines Cognitor (Vat. fr. § 329) und die in jure cessio. Ein Beispiel einer sich von selbst verstehenden Zeitbestimmung ist in den Quellen nicht genannt; die tutoris datio von Seiten der Obrigkeit dürfte ein solches enthalten: der dies ad quem (die Mündigkeit des Mündels) verstand sich von selbst.

Digitized by Google

scher Sprache abschließen; so wenig wie das Volk sich in seinem völkerrechtlichen Verkehr mit Auswärtigen der fremden Sprache bediente,[799] so wenig duldete es dieselbe in den Geschäften des Civilrechts.[800] Die Geschäfte des jus gentium hingegen und die des späteren römischen Rechts, wie z. B. die Fideicommisse, waren, weil an keine Formel, auch nicht an den Gebrauch einer bestimmten Sprache gebunden. Freilich war man späterhin doch genöthigt, gewisse Concessionen zu machen,[801] was erst im dritten System nachgewiesen werden kann.

2. Mündliche Rede.

Das Schreiben ist etwas Abstractes, Erlerntes, und eben

799) Dirksen Civil. Abh. B. 1 Abh. 1.

800) Als Princip ist dies indirect anerkannt in der in Note 801 abgedruckten L. 8 § 4 de acc. (46. 4). Einzelne Anwendungsfälle gewähren: die sponsio Gaj. III, 93 . . adeo propria civium Romanorum est, ut ne quidem in graecum sermonem per interpretationem proprie transferri possit, quamvis dicatur a graeca voce figurata esse, das Testament L. 21 § 4 Cod. de test. (6. 23) mit seinen sämmtlichen Bestimmungen, z. B. der Freilassung (L. 14 Cod. de test. man. 7. 2), dem Legat (Ulp. XXV, 9. Gaj. II, 281), der Ernennung eines Tutors (L. 8 Cod. de tut. test. 5. 28), vor allem aber der Erbeseinsetzung.

801) So z. B. bei der Acceptilation L. 8 § 4 de acc. (46. 4): hoc jure utimur, ut juris gentium sit acceptilatio (d. h. eigentlich wäre sie es nicht) et ideo puto et graece posse acceptum fieri, dummodo sic fiat, ut latinis verbis solet, bei der Bestellung eines Cognitor Vat. fr. § 319, obgleich dafür certa et quasi solennia verba nöthig waren Gaj. IV. 83, 97, bei der fidejussio L. 8 pr. de fidej. (46. 1). L. 12 Cod. de fidej. (8. 41). Bei der gewöhnlichen Stipulation mit Ausnahme der sponsio L. 1 § ult. de V. O. (45. 1). Gaj. III, 93 kann man kaum von einer Concession sprechen, da sie keiner verba certa et solennia bedarf. Ob sie aber nicht überhaupt, sowohl in der Anwendung auf Peregrinen als auf Römer, späteren Ursprunges ist, scheint mir mehr als wahrscheinlich. Es wird als eine Eigenthümlichkeit von Tiberius berichtet (Sueton. Tiber. c. 71), daß er sich dem amtlichen Gebrauch des Griechischen hartnäckig widersetzte. — Eine Analogie zu den obigen Beispielen bietet das moslemitische Recht, welches von dem im Princip festgehaltenen Erforderniß des Gebrauchs der arabischen Formel für die Ehescheidung zu Gunsten ungebildeter Personen eine Ausnahme macht. v. Tornauw, Moslemitisches Recht, S. 171.

Digitized by Google

darum nicht das Ursprüngliche. Das Einfachste, das Natürliche und Ursprüngliche ist das *Sprechen*, und diese natürliche Form der Gedankenäußerung ist im älteren Recht zugleich die *rechtlich nothwendige*.[802] Das ältere Recht kennt meines Wissens keinen solennen Akt, bei dem die Schrift die Rede hätte ersetzen können.[803] Freilich *neben* der Rede mag in Rom von Alters her, wie bei den Gesetzen und Bündnissen und sonstigen Akten des öffentlichen Rechts z. B. der Schätzung beim Censor, so auch bei wichtigen Geschäften des Privatrechts eine schriftliche Aufzeichnung üblich gewesen sein, aber ich muß es betonen: *neben*, nicht *statt* der Schrift. Ein Testament, eine umfangreiche Stipulation mochte man immerhin aufzeichnen und von Zeugen oder der Gegenpartei unterzeichnen lassen — die Schrift hatte hier durchaus keine *juristische* Bedeutung, die Gültigkeit des Geschäfts beruhte lediglich auf der *mündlichen* Vornahme. Bei beiden Geschäften aber durfte letztere eine *abstracte* sein,

---

802) Als Princip ausgesprochen ist es meines Wissens nirgends, eben weil es sich für den Römer von selbst versteht. Für die Mancipation und das Nexum lag es in den Worten der Tafeln: uti *lingua* nuncupassit.

803) Daher noch im späteren Recht die Wendung: legem *dicere* (z. B. suae rei) für eine Vertragsbestimmung schlechthin. Andere sprachliche Reminiscenzen bieten *edictum*, *interdictum* von dicere, dies *fasti* *nefasti*, *infans* von fari. (Die Idee von Schulin, das griechische Testament verglichen mit dem römischen, Basel 1882 S. 53, daß das testam. in comitiis calatis ein schriftliches gewesen, enthält nicht mehr und nicht weniger als einen Faustschlag ins Antlitz des alten Rechts, sie steht auf einer Linie mit seiner Ansicht, daß das Mancipationstestament gar keine Erbeseinsetzung enthalten habe — eine wahre rechtshistorische Ungeheuerlichkeit! Aus seiner eigenen Schrift geht hervor, daß das griechische und das römische Testament nicht die mindeste Ähnlichkeit mit einander hatten, und nie hat eine Vergleichung des griechischen und des römischen Rechts, unternommen in der Absicht, die Ebenbürtigkeit des ersteren mit dem letzteren nachzuweisen, so sehr das gerade Gegentheil von dem gewünschten Ziel (s. S. 3 u. 4 der Schrift) erreicht wie hier — das griechische Testament ist im Vergleich zum römischen mit seinem Gedanken der Universalsuccession, um die Worte des Cicero de orat. c. 44 zu gebrauchen, inconditum ac paene ridiculum. (Zusatz zu Aufl. 4.)

Digitized by Google

d. h. man konnte, ohne das Mindeste vom Inhalt der Urkunde mitzutheilen, sich in der Formel des Geschäfts einfach auf letztere beziehen, also z. B.: ich testire, wie in dieser Urkunde geschrieben — versprichst Du alles zu leisten, was in dieser Urkunde verzeichnet steht?[804]) Der juristischen Auffassung nach war das Geschäft mündlich geschlossen, denn der ganze Inhalt der Urkunde war ja vom Redenden genehmigt, anerkannt, er hatte gesprochen durch Verweisung.

War diese Gestalt der Sache die ursprüngliche? Ich meine, Jeder muß ihr den Zug der abstracten Periode anmerken. Sie enthält in Wirklichkeit eine Trennung des concreten Inhalts des Geschäfts von letzterem selbst. Gewollt wird nicht dies, dies Bestimmte, Sichere, sondern ein Etwas: das, was in der Urkunde steht — vielleicht also etwas ganz Anderes, als der Redende weiß und will. In dieser Weise kann er wollen, ohne jetzt bereits im Mindesten zu wissen Was, z. B. versprechen, was dieser jenem versprochen hat oder gar erst versprechen wird.[805]) Noch weniger erfahren die Zeugen etwas Näheres; sie sind dabei, sie sehen, was geschieht, und hören, was gesprochen wird, und doch wissen sie nicht das Geringste vom Inhalt — sie sehen, so zu sagen, nur den Schatten des Geschäfts! Bei dem Eigenthumserwerb und der Vindication einer Sache genügt es nicht, sie bloß zu nennen, sich nur auf sie mit Worten zu beziehen, sondern man sollte sie fassen. Und bei dem Rechtsgeschäft hätte

804) Haec uti in his tabulis cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor. Ulp. XX, 9. Ein Beispiel aus dem geistlichen Recht gewährt die Einweihung eines Tempels unter Bezugnahme auf die Fundationsurkunde eines anderen Tempels s. b. Briss. I. 194: ceterae leges huic arae eaedem sunto, quae arae Dianae sunt in Aventino dictae.

805) So z. B.: quantam pecuniam . . . credidero, tantam dari spondes? (L. 18 § 3 de stip. serv. 45. 3), fide tua esse jubes? (L. 47 § 1 de fidej. 46. 1). Beim Testament: quem heredem codicillis fecero, heres esto (L. 78 de hered. inst. 28. 5), quantum legavero . . . (L. 38 de cond. et dem. 35. 1). Eine genauere Erörterung dieses Punktes s. B. 4 § 53 Note 204 ff.

Digitized by Google

man den Inhalt desselben nicht ebenfalls fassen d. h. mit der Zunge fassen (lingua nuncupare)[806] sollen? Ein Wollen durch bloße Beziehung, durch abstracte Erklärung des Beitritts, der Einwilligung u. s. w. widerspricht meiner Ansicht nach aufs entschiedenste dem Geiste des älteren Rechts. So darf man rücksichtlich der Stipulation sicherlich annehmen, daß in alter Zeit nicht bloß der Stipulant den ganzen Inhalt derselben angeben, sondern auch der Promittent ihn wörtlich nachsprechen mußte (S. 557). Ebenso bei der Correalobligation und der Bürgschaft. Für den Eid ist es bekannt, daß der Schwörende die ihm vorgesprochene Eidesformel wörtlich nachzubeten hatte, sich also nicht mit einem abstracten „So schwöre ich" begnügen durfte. Nur wo die Masse, z. B. das Volk bei Gesetzesvorschlägen oder das Heer bei Ableistung des Fahneneides, eine Willenserklärung abzulegen hatte, mag man nothgedrungen von Altersher eine Ausnahme gemacht und eine abstracte Erklärung zugelassen haben. Damit hängt die Sitte der Präjurationen zusammen, vermöge welcher bloß Einzelne den ganzen Eid hersagten, und die Anderen lediglich mit „ebenso ich" ihren Beitritt erklärten.[807]

Kehren wir jetzt zu der Verbindung der Schrift und Rede zurück, so glaube ich, daß eine bloße Verweisung auf die Schrift ohne Mittheilung ihres Inhalts im älteren Recht unstatthaft war, hier vielmehr der ganze Inhalt der Schrift vorgelesen wer-

---

806) In der älteren Sprache wird dieser Ausdruck für Sprechen schlechthin gebraucht, in der neueren scheint er vorzugsweise für die aus Schrift und Rede verbundenen Geschäfte gebraucht worden zu sein, um mittelst seiner den mündlichen Theil des Geschäfts (nuncupatio) im Gegensatz zu dem schriftlichen (tabulae) besonders hervorzuheben; so namentlich beim Testament und Votum, s. z. B. Sueton. Aug. c. 97. Fest. nuncupata.

807) Festus: Praejurationes facere dicuntur hi, qui ante alios conceptis verbis jurant, post quos in eadem verba jurantes tantummodo dicunt: idem in me. Polyb. VI, 21. Becker Handbuch der röm. Alterth. (Marquardt) III. Abth. 2 S. 291. Bei Tac. Hist. IV, 34 spricht jeder der Soldaten den Eid vollständig nach. Liv. II, 45. XXVIII, 29 läßt gar nicht erkennen, in welcher Weise der Eid abgeleistet ist.

Digitized by Google

den mußte. Halten wir uns zunächst an die beiden Hauptfälle des öffentlichen Rechts: die Gesetze und Bündnisse, so ist es bekannt, daß der Gesetzantrag dem Volk wörtlich vorgelegt werden mußte, und die Kraft des geschriebenen Gesetzes nicht auf der Schrift, sondern auf der mündlichen Vorlage und Annahme beruhte. Was die Bündnisse betrifft, so ist uns von Livius[808]) die Formel ihres Abschlusses aufbewahrt, und diese gedenkt ausdrücklich der geschehenen Verlesung. Auch bei Gelübden, namentlich den öffentlichen, war die schriftliche Aufzeichnung eine ganz häufige (tabulae votivae), und auch hier wird der Verlesung gedacht.[809]) Aus späterer Zeit nenne ich noch das richterliche Urtheil, welches zwar schriftlich ertheilt, aber daneben bei Strafe der Nichtigkeit verlesen werden mußte.[810]) Dasselbe Verhältniß haben wir bereits früher (II, 1 Note 6) für die Testamentserrichtung zu begründen versucht; bei diesem Akte dürfte sich das Sprechen wohl am frühesten zu dem bloßen Hersagen der Bekräftigungsformel abgeschwächt haben. Wie es sich mit jener Annahme aber auch verhalten haben möge, der juristischen Auffassung nach war auch später noch das Testament ein mündliches Rechtsgeschäft.

Dagegen scheint ein anderes Geschäft: der Literalcontract, der allerdings bereits der gegenwärtigen Periode, wenn auch erst der zweiten Hälfte angehört,[811]) mit ihr sich schlechterdings nicht zu vereinigen.

---

808) Liv. I, 24. Legibus (foederis) deinde recitatis: Audi, inquit, Jupiter ... ut illa palam prima postrema (vom Anfang bis zu Ende) ex illis tabulis cerave recitata sunt .. illis legibus populus Romanus prior non deficiet.

809) Val. Max. IV, 1 § 10. Sueton. Aug. c. 97. Apulej. Metam. lib. XI (ed. Bip. p. 257) de libro, de literis fausta vota praefatus.

810) L. 1. 2. 3 Cod. de sent. ex peric. (7. 44). Sueton. Claudius c. 15 .. ex tabella pronuntiasse.

811) Wenn sonst das: nomina transscribere bei Liv. Epit. XXXVII (a. 559) im technischen Sinne gemeint ist (Gaj. III, 130), worüber man noch streiten könnte.

Digitized by Google

Allein der Literalcontract war von Haus aus nichts anderes als die von beiden Parteien bewerkstelligte Eintragung einer auf andere Weise begründeten Geldschuld, wie dies aus den dabei gebrauchten Ausdrücken: expensum und acceptum ferre unzweideutig hervorgeht, also seiner ursprünglichen Tendenz und seinem Äußeren nach nichts weiter als ein Beweismittel. Aber freilich: sobald man der Eintragung absolute Beweiskraft einräumte, war damit mittelbar eine selbständige, d. h. von dem Abschluß eines anderen Contracts, namentlich eines Darlehns unabhängige Art sich zu verpflichten gewonnen, und in richtiger Erkenntniß davon durfte und mußte man hier von einem eigenen Contract sprechen. Es verhielt sich mit demselben ähnlich, wie mit der obligatorischen Kraft des richterlichen Urtheils. Beide sind von Haus aus rein declaratorisch, sie erkennen nur eine Verbindlichkeit als bereits vorhanden an, allein da diese Anerkennung eine unumstößliche Kraft hat, so erlangen sie damit die Natur constitutiver Akte.[812]) Seiner praktischen Geltung nach würde also der Literalcontract von unserem obigen Satz eine Ausnahme begründen, seiner juristischen Composition nach nicht.

Also unsere Regel bleibt aufrecht: alle Geschäfte des älteren Rechts müssen mündlich errichtet werden. Wie aber, wenn Jemand nicht sprechen kann? Dann ist er eben dadurch ausgeschlossen. Dasselbe gilt von dem Tauben[813]) rücksichtlich aller Geschäfte, bei denen der Gegner zu sprechen hat, denn man muß die Worte desselben hören, also z. B. bei der Stipulation, dem Testamente. Unser heutiges Testament macht den Schreibunfähigen die bekannte Concession des Kreuzziehens statt der

812) Eine Analogie aus dem späteren Recht s. bei Paulus Sent. Rec. V, 7 (Hänel 8) § 2: quod si scriptum fuerit instrumento promisisse aliquem, perinde habetur ac si interrogatione praecedente responsum sit.

813) Über beides s. L. 48 de O. et A. (44. 7) . . in quibus negotiis sermone non opus est. L. 6 § 1 qui testam. (28. 1). Ulp. XX, 7. 13. Die tutoris auctoritas L. 1 § 2, 3 de tut. (26. 1). Mit den verba certa ist auch diese Consequenz derselben im justinianischen Recht hinweggefallen L. 10 Cod. qui test. (6. 22).

Digitized by Google

Namensunterschrift, das römische Recht hat eine solche Rücksicht gegen Taube und Stumme nicht beobachtet, sie sind die Opfer ihres Naturfehlers geworden.

Die Composition der Formeln ein Zweig der juristischen Kunst. — Die Verbalformeln — die juristische Syntax, logische Stellung der einzelnen Gedankenglieder (Grund, Bedingung, Beschränkung, Ausnahme) — das Gesetz der Correspondenz der Form — Correspondenz zwischen der Begründung, Aufhebung, Geltendmachung des Rechts.

XLVII[b]. Woher stammen die Formeln? Sind sie durch Gesetze eingeführt? Sicherlich nicht! Es fehlt allerdings aus späterer Zeit nicht an Beispielen, daß ein Gesetz für die Klage, die es gewährt, auch zugleich die entsprechende Klagformel beifügt, wie z. B. die lex Rubria (Prozeßordnung für das cisalpinische Gallien) es thut, allein für die ältere Zeit ist dies weder bezeugt, noch irgendwie wahrscheinlich. Mittelbar wurden freilich die älteren Gesetze eine wichtige Quelle der Formeln, indem sie, wie später gezeigt werden soll, für eine gewisse Art derselben, nämlich die der Legisactionen das Material hergaben.

Sind sie Producte des Lebens? Die Frage ist zu unbestimmt, man kann sie bejahen oder verneinen, je nachdem man sie versteht. Bejahen — wenn man dabei ihre gewohnheitsrechtliche Geltung, verneinen — wenn man ihre Abfassung ins Auge faßt (S. 577). Abgesehen von den bloßen Schlagworten, tragen die eigentlichen Formeln so sehr das Gepräge des Gemachten, des Absichtlichen an sich, es herrscht in ihnen allen eine solche Übereinstimmung, Consequenz, Berechnung, Kunst, daß man blind sein müßte, um den juristischen Ursprung derselben zu verkennen. Rücksichtlich der einen Hälfte: der auf den Prozeß sich beziehenden, wird uns diese Entstehungsart ausdrücklich bezeugt. Nach Erlaß der XII Tafeln und im Anschluß an sie, heißt es, hätten die Pontifices die Klagformeln componirt und bei sich aufbewahrt.[814]) Appius Claudius habe dann den ganzen Vor-

814) L. 2 § 6 de O. J. (1. 2). S. 397 Note 540.

Digitized by Google

rath in eine Sammlung gebracht, zu der, nachdem sie von dessen Schreiber Flavius veröffentlicht worden sei (jus Flavianum), späterhin ein anderer Jurist, Aelius, Nachträge geliefert habe (jus Aelianum).[815] Wenn Pomponius dieser letztern Thatsache den Ausdruck gibt: Aelius habe die ganze Sammlung verfaßt (composuit), so beruht dies sicherlich auf einem Irrthum. Daß ein Jurist als solcher, d. h. ohne amtlichen Charakter keine Formeln einführen konnte, bedarf kaum der Bemerkung. Was er vermochte, war nur ein Formular aufsetzen. Allein auch die Annahme, daß jene Sammlung aus lauter von Aelius verfaßten Formularen bestanden habe, stößt auf unmögliche Voraussetzungen. Oder sollte die römische Jurisprudenz Angesichts des durch Pomponius selbst betonten Bedürfnisses (augescente civitate quia deerant quaedam genera agendi) und bei dem Vorhandensein der leges, aus denen sich die legis actiones componiren ließen, sich dieser einfachen Aufgabe so lange entzogen haben, bis endlich Aelius auf den Gedanken kam, das Versäumte nachzuholen, und nun mit einem Male eine solche Menge Klageformulare in die Welt setzte, daß man sie als »liber« und »jus Aelianum« bezeichnen konnte? Vielleicht hat Pomponius sich durch die letztere Bezeichnung, die wie beim »jus Papirianum und Flavianum« nur auf den Sammler gemünzt war, verleiten lassen, den bloßen Sammler für den Verfasser zu halten, jedenfalls vermag ich den Glauben, den er bei dieser Gelegenheit an den Tag gelegt hat, nicht zu theilen.

Das Formelwesen ist also ein Werk der Jurisprudenz. Könnten die äußeren Beweise uns darüber im Zweifel lassen, die inneren von der Beschaffenheit desselben hergenommenen müßten jeden Zweifel heben — jedes Splitterchen, möchte ich sagen, verkündet uns die Urheberin. Ich habe oben (S. 561) das Formelwesen ein Kunstproduct des juristischen Geistes genannt und es als einen untergegangenen Zweig ältester juristi-

815) L. 2 § 7 de O. J. (1. 2).

Digitized by Google

scher Kunst bezeichnet; die folgende Darstellung wird diese Bezeichnung rechtfertigen.

Der geistige Höhenpunkt dieser Kunst ist allerdings ein niedriger, er liegt tief unter dem der heutigen und auch der späteren römischen Jurisprudenz, allein auf und von dieser Basis aus erhebt sich dieselbe zu einer Höhe, die unsere ganze Bewunderung in Anspruch nimmt. Als der eigentliche geistige Mittelpunkt, von dem aus wir das Verständniß derselben zu gewinnen suchen müssen, läßt sich ihr Streben nach strenger Logik bezeichnen. Diese Logik ist eine ungemein peinliche, minutiöse, eine Logik des Kleinen und Kleinsten, sie fordert eine Genauigkeit der Anordnung des Gedankens, wie sie im Sprechen zu beobachten auch dem schärfsten Denker unmöglich fallen würde. Sie eignete sich daher nur für den juristischen Lapidarstyl, bei dem das kleinste Wörtchen sich aufs Sorgfältigste abwägen ließ. Aber diese Logik selber war untadelhaft, die Regeln, welche sie aufstellte, waren unbestreitbar, denn sie waren der genauesten Beobachtung des Denkens entnommen — es steckt in diesen nüchternen Formeln der älteste historische Versuch einer Theorie der Denkgesetze.

Was mich aber am meisten mit Bewunderung erfüllt, ist das ungemeine Verständniß für die feinsten Nüancen der sprachlichen Formen. Durch Benutzung von feinen der Sprache abgelauschten Zügen ist es den alten Juristen gelungen, mit wenig Mitteln außerordentlich viel zu erreichen, ich meine nicht sowohl kurz, treffend, bezeichnend zu reden, sondern sprachlich in einer Weise zu charakterisiren und zu individualisiren, wofür die Geschichte der Sprache wenig Seitenstücke darbieten möchte.

Wie die großen Meister der Tonkunst es verstanden haben, die verschiedenen Personen einer Oper in dem Maße musikalisch zu individualisiren, daß jede derselben ihre eigene musikalische Sprache redet, so verstanden es jene alten juristischen Meister in Bezug auf die Personen, die sie sprechen zu lassen hatten. Jede derselben, das Volk, der Senat, der Prätor redet seine eigene, seiner politischen Rolle entsprechende Sprache, und ich hoffe, den

Digitized by Google

Leser zu überzeugen, daß es nicht zu viel gesagt ist, wenn ich behaupte, daß z. B. die eigenthümliche staatsrechtliche Stellung des Prätors kaum treffender charakterisirt werden kann, als es der Curialstyl des Edicts mittelst einiger weniger Wendungen gethan hat.

Diese ganze Richtung schloß übrigens die Gefahr eines bedenklichen Abwegs in sich, und es ist gewiß nicht das kleinste Verdienst der alten Jurisprudenz, daß sie denselben glücklich vermieden hat. Es war der der Ausartung derselben in eitel Spielerei. Wie nahe derselbe gelegen, zeigt uns das Beispiel eines Rechts, das wie in so vielen anderen Punkten, so auch in dieser Beziehung eine höchst lehrreiche Parallele für das alte römische Recht darbietet. Es ist das isländische. Wenn irgendwo außer dem römischen, so hat in ihm der Formelcultus und das Sichvertiefen in das Wort die höchste Höhe erreicht. Es bedurfte nach der Versicherung eines competenten Berichterstatters[816]) eines mehrjährigen Studiums, um alle die Formeln auswendig zu lernen; es kam „bei Anwendung derselben der Verstand in vollste Thätigkeit," das Recht war ganz zu einem Spiel des Witzes geworden und zu einer Wette, wer die dunkelsten und seltensten der vielen Formeln und Gebräuche am untadeligsten vortragen und anwenden könne — und sehr häufig mußte Blut heilen, was die Sophisterei verrenkt hatte." Daß die Römer dieser Gefahr nicht verfallen sind, die einem durch die Natur während eines langen öden Winters zum Grübeln verurtheilten Volk so verderblich ward, davon lag der Grund nicht bloß in ihnen selbst, in ihrem gesunden Sinn und ihrer praktischen Natur, sondern in dem sichersten Schutzmittel gegen alles unfruchtbare Grübeln: in unausgesetzter praktischer Thätigkeit. Spielereien kommen nur da auf, wo es an ausreichenden ernsten Aufgaben fehlt.

Indem ich mich anschicke, das obige Urtheil im Einzelnen zu begründen, muß ich, um das ganze Material an dieser Stelle

816) Weinhold, altnordisches Leben, Berlin 1856. S. 402.

Digitized by Google

übersichtlich zusammenzustellen und andererseits nicht zu nutzloser Wiederholung genöthigt zu sein, den Leser ersuchen, die S. 485 und 486 anticipirten Belege als integrirenden Bestandtheil der gegenwärtigen Darstellung zu betrachten. Im übrigen werde ich meinen Stoff nach folgenden drei Gesichtspunkten gruppiren:

1. Die Verbalformen.
2. Die juristische Syntax.
3. Das Gesetz der Correspondenz der Form.

1. Die Verbalformen.

Wenn uns aus einem heutigen Schriftstück juristischen Inhalts, einem Gesetz, einer Verordnung, einem Urtheil, einer theoretischen Darstellung des Rechts, einem Contract, Testament ein Bruchstück vorgelegt würde ohne Angabe seiner Quelle, wie schwer oder richtiger wie völlig unmöglich würde es uns in den meisten Fällen sein, die juristische Natur der Urkunde aus ihrer Sprache zu errathen. Die Sprache ist in allen diesen Erzeugnissen regelmäßig eine und dieselbe, ein Paragraph aus einem Gesetzbuch lautet — schlimm genug! — nicht selten ganz so doctrinär wie der aus einem Compendium, der Erlaß einer Verwaltungsbehörde wie ein Gesetz, eine Bestimmung aus einem Testament wie die aus einem Vertrage.

Würde uns dieselbe Aufgabe an einem derartigen Bruchstück des römischen Rechts gestellt, ein einziges Wort würde häufig zur Lösung derselben genügen. Ich meine natürlich nicht die entscheidenden Worte, mit denen die Urkunde sich selbst charakterisirt, wie z. B. hac lege, placere Senatui u. s. w., sondern den Styl derselben. Der Styl des Gesetzes war ein anderer als der eines Senatsbeschlusses oder Edictes, der des Testaments ein anderer als der einer Vertragsurkunde,[816a])

816a) Einen interessanten Beitrag dazu hat gegeben Kenner, in den Mittheilungen der österr. Commission für Baudenkmäler B. 14 S. 126 fl. in Bezug auf die kaiserlichen Abschiedsdiplome der entlassenen Prätorianer und Auxiliarier, in jenen spricht der Kaiser in der ersten Person (quibus

Digitized by Google

und zwar nicht etwa in Folge willkürlicher Convention, sondern in seiner Erfassung und Wiedergabe ihrer inneren Verschiedenheit, kurz er verdiente in Wirklichkeit die Bezeichnung, die ich oben gebraucht habe, die einer stylistischen Individualisirung.

Diese Individualisirung beruhte vorzugsweise auf dem Gebrauch der verschiedenen Verbalformen. Der Imperativ war für andere Verhältnisse bestimmt als der Infinitiv, der Indicativ für andere als der Conjunctiv, das Futurum für andere als das Präsens. Überzeugen wir uns davon.[817])

1. Der Imperativ. Er ist die Form des Befehls und der kategorischen Aufforderung. Darum gebührt er vor allem dem Volk für seine Beschlüsse (leges, Plebiscita),[817a]) mögen dieselben die Aufstellung eigentlicher Rechtssätze oder sonstige Verfügungen[818]) zum Inhalt haben. Ebenso den Göttern, d. h. er ist auch die Form der Gebote des geistlichen Rechts.[819]) Da-

---

jus tribuo connubii, in späterer Zeit im Plural: quorum nomina subjecimus), in diesen in der dritten (imperator .. dedit civitatem et connubium).

817) Bei der folgenden, aus der ersten Auflage herübergenommenen Untersuchung war mir die Abhandlung von Dirksen, Beiträge zur Geschichte des Formelwesens bei den Römern in seinen Versuchen zur Kritik u. s. w. Leipzig 1823 S. 1 fl. entgangen, und ich hätte für die Bemerkung über den Gebrauch des Infinitivs auf S. 14 daselbst Bezug nehmen können; im übrigen treffen unsere beiderseitigen Ausführungen nicht zusammen, und die ganze Art, wie Dirksen seine Aufgabe erfaßt und gelöst hat, ist von der, wie ich sie glaubte auffassen zu sollen, wesentlich abweichend.

817a) z. B. sacer, parricidia, damnas, talio esto; cogito, reddito, adjudicato u. s. w. Briss. II, c. 20 u. fl. c. 32 u. fl. Er wiederholt sich in den XII Tafeln selbst bei Permissivvorschriften z. B. si volet, plus dato (Tafel 3); tignum junctum ne solvito (Tafel 6); qua volet, jumentum agito (Tafel 7); Schoell XII tabul. reliq. p. 79 fl.

818) z. B. auch bei dem Votum eines Ver sacrum. Liv. XXII, 10. Rudorff ad leg. Aciliam (Berl. Akad. d. Wiss. 1861 p. 415) macht darauf aufmerksam, daß sich dieses Gesetz bei seinen Anweisungen an den Prätor (magistratus major) und die Richter [mit Ausnahme einer Stelle] des Conjunctivs, bei denen an den Quästor (magistratus minor) des Imperativs bedient.

819) z. B. piaculum dato, aram ne tangito.

Digitized by Google

gegen hat der Senat bei seinen Beschlüssen und der Prätor in seinem Edicte sich desselben zu enthalten, denn der staatsrechtlichen Theorie nach haben beide keine gesetzgebende Gewalt.[820])

Innerhalb der Schranken seiner Competenz hat auch der Magistrat das Recht zu befehlen, und so namentlich der Prätor für die Rechtspflege. Darum lauten seine Anweisungen sowohl an den Richter (judex esto — condemna, absolve) als an die Parteien (mittite ambo hominem, inite viam) imperativisch. Folgeweise auch das Urtheil des Richters, wenn ihm eine Condemnation und nicht etwa ein bloßer Ausspruch (praejudicialis formula) aufgetragen ist;[821]) der Prätor hat die Macht zu befehlen auf ihn übertragen. Bei einem Antrage an das Volk bedient der Magistrat sich des Conjunctivs — velitis jubeatis.[822])

Eine Aufforderung von Seiten der Privatperson lautet nur da imperativisch, wo letztere im Voraus der Erfüllung versichert worden ist, so z. B. an die Zeugen, welche derselben ihre Mitwirkung versprochen haben (Litiscontestatio: testes estote; nuncupatio testamenti: testimonium mihi perhibetote), oder umgekehrt von Seiten des Libripens an die Partei (S. 539, Note 708). Dagegen ist die Aufforderung an den Gegner nicht imperativisch gefaßt, da der Eine dem Andern nichts zu befehlen hat, also z. B. nicht: ambula mecum in jus, sondern in jus te voco, nicht dic, ex qua causa vindicaveris, sondern postulo

820) In Senatsbeschlüssen und im prätorischen Edict habe ich ihn vergebens gesucht, dagegen kommt im Edict der Aedilen zwei Mal der Imperativ pronuncianto und mit Bezug darauf eadem faciunto vor, während dasselbe sonst den Sprachgebrauch des prätorischen (s. u.) beobachtet.

821) z. B. Solve, L. 59 § 1 de re jud. (42. 1). Daß für das Urtheil keine verba solennia erforderlich gewesen sein sollten (Keller röm. Prozeß § 66) läßt sich höchstens für die spätere Zeit behaupten. Diese Ansicht von Keller reiht sich der Note 795 charakterisirten würdig an. Für die ältere siehe Varro de L. L. VI, 61 judex ... quibusdam verbis dicendo finit. Über die Form der bloßen pronunciatio s. unten.

822) z. B. Gell. V, 19. 9.

Digitized by Google

anne dicas, ex qua u. s. w.[823]) Noch weniger kann natürlich die Partei zum Prätor sagen: da mihi judicem, sondern: postulo, uti des, noch auch den Imperativ an sich selber richten, was der Fall sein würde, wenn die Formel der Mancipation imperativisch: emtus esto hätte lauten sollen (Note 706). Bei der feinen Unterscheidung, welche die Römer im Gebrauch des Imperativs beobachten, erscheint mir dies völlig unglaublich. Die Partei nimmt das emere selber vor, indem sie die Sache ergreift, die Wagschale schlägt und dabei diesen Akt durch die Formel constatirt. Das Constatiren aber geschieht durch den Indicativ (s. u.), einer Aufforderung zur Vornahme einer Handlung bedarf es weder von der gegnerischen, noch von ihrer Seite.

Der Imperativ ist, wie bemerkt, die Form der lex. So lange die Testamente noch in den Comitien errichtet wurden, fand er eben damit auch auf die testamentarischen Dispositionen Anwendung, und dies hat sich auch für das testam. per aes et libram erhalten. Die Verfügungen des Testaments müssen legis modo i. e. imperative[824]) gefaßt werden, also z. B.: heres, exheres, liber, damnas esto, cernito, capito, praecipito, sinito. Worauf es beruht, daß im Widerspruch damit die Formel des Vindicationslegats: do, lego lautete, vermag ich nicht anzugeben;[825]) einen Grund hat diese Abweichung jedenfalls gehabt. Bei der tutoris datio kehrt dieselbe Formel wieder.[826])

---

823) Gaj. IV, 16. Ebenso die dort mitgetheilte Formel: sacramento te provoco, und bei Val Prob. de notis § 4: quando in jure te conspicio postulo, an fas (fuas, fias) autor. Ebendaselbst die im Text erwähnte Formel der judicis postulatio.

824) Ausdrücke von Ulp. XXIV, 1 bei Gelegenheit der Legate.

825) Denn nach der Art wie Gaj. II, 193 Ulp. XXIV, 3 sich äußern, kann man sie nicht, wie die oben S. 583 Note 793 besprochenen, für eine Formel jüngeren Ursprungs halten. Dieselben Ausdrücke kommen auch in der Formel der nuncupatio vor, ita do, ita lego; vielleicht liegt darin die Lösung verborgen.

826) Gaj. I, 149. Rectissime autem tutor sic dari potest: Lucium Titium liberis meis tutorem do. Sed et si ita scriptum sit: liberis

Digitized by Google

Der Ausdruck lex wird von den Römern bekanntlich auch in einem weitern Sinn von Bestimmungen gebraucht, die auf Vereinbarung beruhen (leges contractus, foederis, pacis u. s. w.). Hierin mag es seinen Grund haben, daß die imperativische Form auch in Anwendung auf sie gebraucht wird, so z. B. bei den einzelnen Clauseln eines Födus,[827] der Fundationsurkunde eines Tempels und selbst in Formularen von Contracten.[827a])

Der Imperativ konnte entweder direkt auf das Thun oder auf das Schuldigsein zum Thun lauten, so z. B. beim Dam-

---

meis Titius tutor esto, recte datus intellegitur. Vat. fr. 229, 230. — Nach der Art, wie Gajus sich hier äußert, muß die Formel: tutor esto neueren Ursprungs sein.

827) Über das Födus siehe Briss. V. c. 48, 49: amicitia esto, jus belli gerendi ne esto, tradito, restituito; über die lex dedicationis Briss. I, c. 194; legem dixit .. probe factum esto, jus fasque, eadem lex esto. Ist es Zufall, daß Livius, der sich bei dem foedus des Imperativs bedient (s. z. B. XXXVIII, 11 u. a. St. bei Briss.), die von dem Feldherrn entworfenen Friedensbedingungen XXXIII, 39. XXXIV, 35 im Conjunctiv faßt?

827a) S. die Contractsformulare bei Cato de re rust. c. 144—150. Hier wechselt der Imperativ mit dem Futurum, nach Maßgabe der Leistungen beider Parteien. Der Gutsherr, der den Tagelöhner für die ländliche Arbeit engagirt oder seine Früchte verkauft, bedient sich für die Leistungen, die er dem Gegner auflegt, des Imperativs (z. B. Oleam cogito recte — oleam ne stringito — facito recte — promitto — pigneri sunto, satis dato u. s. w.), für diejenigen Verpflichtungen, die er selber übernimmt, des Futurums (nemo dabit .. deducetur .. neque debebitur .. vinum admetietur .. locus dabitur ..), so daß man an der Wortform erkennen kann, welche Bestimmung im Interesse des Gutsherrn oder des Tagelöhners, Käufers getroffen ist. Wenn Degenkolb, Zeitsch. für Rechtsgeschichte B. 9. S. 173 Note 111 in dem Futurum nicht „den Vertrag, sondern die vor der Hand einseitige Proposition" finden will, so steht dem die lex parieti faciundo Puteolana (Bruns fontes p. 139) entgegen, in der sich Imperativ und Futurum in derselben Gegensätzlichkeit wiederholen praedes dato facito u. a. — pars pecuniae dabitur ... altera solvetur) und die nicht ein bloßer Vertragsentwurf, sondern wie die Namen der Unternehmer am Ende zeigen, ein abgeschlossener Vertrag war.

Digitized by Google

nationslegat: heres dato oder damnas esto dare, ohne daß dies einen Unterschied begründet hätte. Ob die ältere Zeit hier nicht strenger verfuhr, ist eine Frage, die ich nur aufwerfen, nicht beantworten kann.[827b])

2. Der Conjunctiv. Er schließt sich dem Imperativ insofern an, als auch er eine Art des Befehls, aber in milderer, schonenderer Form enthält. So gebraucht ihn zunächst der Senat. Seiner ursprünglichen Stellung nach kann der Senat nicht befehlen, sondern nur begutachten, befürworten, anempfehlen, auffordern. Die entsprechende Form dafür war der Infinitiv (No. 3) und der Conjunctiv; jener, wie es scheint, mehr für die bloße Erklärung, dieser mehr für die Aufforderung. Der Senat behielt diese beiden Formen auch dann noch bei, als er der Sache nach bereits eine gesetzgebende Gewalt erlangt hatte.[828]) Sodann gebraucht den Conjunctiv auch der Prätor in seinem Edict. Alle Verfügungen des prätorischen Edicts sind, insofern der Prätor nicht in erster Person von dem spricht, was er selber thun werde (s. u.), im Conjunctiv gehalten. Denn der Prätor hat keine gesetzgebende Gewalt, und wenn er trotzdem Rechtsgrundsätze in dem Edict aufstellt, so darf er sie doch nicht in die Form des Gesetzes, d. h. den Imperativ kleiden. Wie die bonorum possessio sich zur

827b) Die Form dato beim Damnationslegat, welche Ulp. XXIV, 4 mit der andern auf eine Linie stellt, begleitet Gajus II, 201 mit dem Zusatz: sed et si dato scriptum est, per damnationem legatum est — meines Erachtens ein deutliches Zeichen ihres relativ neuen Ursprunges, ähnlich wie die in Note 826 erwähnte Äußerung.

828) Beispiele: SC. de Bacchanal. (das älteste erhaltene): ne quis adesse velit. SC. de curator. aquarum (bei Frontin): uti darent, attribuerent, ut liceret, ne cui liceret. SC. de aedificiis non diruendis: ne quis domum dirueret, poenam inferri cogeretur, venditio irrita fieret. Ebenso in den Municipaldecreten (Beispiele bei Haubold. monum. leg. S. 232). Nur in dem SC. Orphitianum (aus dem Jahre 178 n. Chr.) kommt die aus den Gesetzen hinübergenommene imperativische Wendung: jus antiquum esto vor, L. 1 § 9 ad SC. Tert. (38. 17), während das noch um einige Jahre spätere SC. Juncianum die alte Sprachweise beachtet. L. 28 § 4 de fidei c. lib. (40. 5).

Digitized by Google

hereditas verhält, so der Conjunctiv des Prätors zum Imperativ des Volks, d. h. der Sache nach leistet er dasselbe, aber die Art, wie er es thut, die Form, die Vorstellungsweise, die sich damit verknüpft, ist verschieden. Aus der reichen Zahl von Beispielen nenne ich folgende:[829])

1) exhibeas, restituas, satisdet, bona veneant.
2) ne quid facias, immittas, fiat, ne quis in jus vocet, vi eximat.
3) ut eant aut satisdent, ut solvat.

Sodann ist der Conjunctiv die Form des Entwurfs oder Antrages. Der Magistrat, der einen Gesetzentwurf oder irgend einen Antrag ans Volk bringt, leitet ihn ein mit den Worten: rogo, velitis, jubeatis, Quirites, oder vellent, juberent, dem dann der Antrag selbst durchweg in Form des Conjunctivs gehalten folgt.[830]) In derselben Weise bedient sich der Senat dem Magistrat gegenüber des Conjunctivs, indem er ihm den Entwurf der von ihm zu treffenden Verfügungen unterbreitet.

3. Der Infinitiv. Er ist die Form des Meinens, der Ansicht, Überzeugung, Erklärung, des Gutachtens, Urtheils. Darum findet er seine Hauptanwendung in den Senatsbeschlüssen.[831])

Auch das richterliche Urtheil kann außer der Form der Condemnation die des bloßen Ausspruches annehmen (B. 1 S. 173);

---

829) Eine ganze Blumenlese von Conjunctiven s. in L. 1 § 10 de ventre inspic. (25. 4). Die sprachlichen Wendungen des prätorischen Edicts hat Dernburg in den Festgaben für Hefftter S. 93 u. fl. einer anregenden Untersuchung unterzogen, die, wenn auch meines Erachtens zunächst noch ohne festes, überzeugendes Resultat, doch der Forschung ein interessantes Ziel in Aussicht stellt.

830) Beispiele verschiedener Anträge bei Briss. II, c. 1.

831) Die Einleitungsphrasen placere, videri, curae fore, existimare, censere, arbitrari, aequum censere, judicare u. a. mit dem Accusativ cum Infinitiv bei Befehlen mit ut und ne, s. Briss. II, c. 73 und fl. Daß beide Formen ursprünglich ohne allen Unterschied gebraucht sein sollten, kann ich nicht glauben, vermag jedoch Bestimmtes darüber nicht anzugeben.

Digitized by Google

der dabei benutzte solenne Ausdruck ist: videri.[832]) Ebenso das Zeugniß, für welches der Ausdruck: arbitrari üblich war,[833]) und höchst wahrscheinlich wird man in älterer Zeit diese Form bei allen Arten von Gutachten beobachtet haben, z. B. bei den Responsen der Juristen, Augurn, Fetialen, Pontifices u. s. w.[834])

4. Der Indicativ. Er ist die Form der Behauptung, Erklärung, Versicherung, Constatirung. Aber mit einem wohl zu beachtenden, ungemein feinen Unterschiede. Wenn die Thatsache, welche der Sprechende behauptet, lediglich auf seiner subjectiven Überzeugung beruht, z. B. daß er Eigenthümer oder Gläubiger sei, so kann er nicht sagen: res mea est, te mihi dare oportet, sondern nur: ajo rem meam esse, ajo te mihi dare oportere.[835]) Anders hingegen, wenn seine bloße Erklärung ausreicht, die beabsichtigte Wirkung objectiv hervorzurufen, oder wenn sie seine eigene Handlung oder eine Thatsache, die vor seinen Augen geschieht, constatiren, ohrenkundig machen soll. Hier spricht er kategorisch, also z. B. praes sum, spondeo, hereditatem adeo cernoque, manum injicio, silentium est, dixere. Besonders instructiv ist in dieser Beziehung die Formel der Mancipation. Die Behauptung des Empfängers,

---

832) Cic. Acad. prior. II, 47: majores voluerunt ... quae judices cognovissent, ea non ut esse facta sed ut videri pronuntiarent. Beispiele bei Briss. V, c. 218. Namentlich scheint im Sacramentsprozeß das Urtheil auf sacramentum (actoris, rei) justum videri gelautet zu haben. Keller Civilprozeß § 66 bezeichnet das videri bloß als „alt anständig".

833) Cic. pro Fontejo c. 9: illud verbum consideratissimum nostrae consuetudinis: arbitror, quo nos etiam tunc utimur, quum ea dicimus jurati quae comperti habemus, quae ipsi vidimus. Acad. prior. II, 47.

834) Daß man späterhin sich nicht an die Form band, ist freilich unzweifelhaft, allein dies ist für die ältere Zeit durchaus nicht maßgebend. Beispiele jener Responsen s. bei Briss. I, 211, 215, 218, II, 98, III, 88 u. a.

835) Die letztere Formel bei Val. Prob. de notis § 4, die erstere bei Gaj. IV, 16.

Digitized by Google

daß er die Sache (um Geld) an sich genommen habe, lautet kategorisch und objectiv: est emtus, dagegen die damit verbundene, daß er jetzt Eigenthümer sei: ajo, rem meam esse, ähnlich wie die Formel im Vindicationsprozeß. Beides gleich logisch gedacht. Denn die Thatsache des Kaufes wird durch jene Erklärung objectiv hergestellt und constatirt, nicht aber die des Eigenthumserwerbes, sie ist vielmehr von dem Eigenthum in der Person des Gebers abhängig, der Erwerber kann rücksichtlich ihrer mithin nur eine subjective Überzeugung äußern.

5. Das Futurum in erster Person ist die Ausdrucksform der Absicht und die des Versprechens. Seine wichtigste und interessanteste Anwendung findet es im prätorischen Edicte; es ist, so zu sagen, das Monogramm des Prätors. Als Beispiel nenne ich: actionem, judicium, in integrum restitutionem, interdictum, bonorum possessionem dabo, non dabo, jubebo, pacta conventa servabo, ratum habebo, animadvertam, vetabo, cogam, permittam.[836] Es kann nicht Zufall sein, daß der Prätor durchgehends in erster Person spricht. Warum nicht ein einziges Mal das Futurum in dritter Person, z. B. actio dabitur, pacta conventa servabuntur, ratum erit u. s. w.? Warum ferner stets das Futurum, warum nicht, wie anderwärts, die Wendung: ratum est? Läge hier nicht eine Absicht zu Grunde, es müßte wenigstens hie und da sich auch einmal eine andere Form eingeschlichen haben. Die Absicht ist nicht schwer zu errathen. Der Prätor hat keine legislative Gewalt, er konnte also z. B. nicht sagen: Die Pacta sollen gültig sein oder sind gültig. Was er vermochte, war bloß zu versprechen: er werde sie schützen, aufrecht halten und auch er nur während der Dauer seines Amtsjahres. Sein Nachfolger konnte das Edict ändern, und darum durfte er, wenn er nicht mehr versprechen wollte, als er zu halten vermochte, nur sagen: ich werde die Klage ertheilen

836) Das Präsens kommt fast nur in der im Edict aufgestellten Formel der Interdicte vor: vim fieri veto.

Digitized by Google

oder nicht ertheilen, die Verträge aufrecht halten u. s. w. So ist mithin diese stylistische Nüancirung ungemein prägnant; sie zeichnet wie mit einem Pinselstrich das ganze Wesen des prätorischen Rechts, den Zusammenhang desselben mit der Persönlichkeit des Redenden und seiner Amtsgewalt — das jus civile beruht auf der unpersönlichen lex, das prätorische Recht auf der Persönlichkeit des Prätors.[836a])

In den solennen Formeln des älteren Civilrechts hingegen hat umgekehrt das Futurum keinen Raum. Sie lauten sämmtlich auf das Präsens.[837]) Für die eigentlichen Legisactionen ist dies ausdrücklich bezeugt. Nulla legis actio, sagt Paulus,[838]) prodita est de futuro; es könnte ebenso gut heißen: in Futuro, im Futurum. Allein auch für die nicht-obligatorischen Rechtsgeschäfte (z. B. die mancipatio, in jure cessio, manumissio) ist dies außer allem Zweifel; es hängt mit einem Princip zusammen, das ich erst an einem späteren Orte (B. 4 § 53) näher begründen kann, nämlich mit dem Princip der Präsenz der Requisite und Wirkungen des Rechtsgeschäfts im Moment seines Abschlusses — jene müssen in diesem Moment bereits vorhanden

---

836a) Dirksen a. a. O. faßt die Sache folgendermaßen: „Noch mehr aber bestätigt sich der innige Zusammenhang der Edicta perpetua mit dem Gewohnheitsrecht dadurch, daß der Magistratus, welcher in seinem Edict jederzeit in der ersten Person von sich spricht, sich selbst nur als den Executor von Rechtsprincipien hinstellt, deren zureichende Begründung er stillschweigend voraussetzt, ohne eine bestimmte positive Quelle dafür anzuführen." Meines Erachtens sehr gesucht und unschlüssig! Das „Ich" des Prätors stellt die Persönlichkeit in den Vordergrund, gerade im Gegensatz zu der objectiven Regel des Gesetzes oder Gewohnheitsrechts, und wenn irgendwo, so ist hier mit dieser Betonung der Persönlichkeit mittelst eines Federstrichs der ganze Charakter der Institution selber gekennzeichnet worden.

837) So auch die römische Stipulationsform mit spondeo. Die abstractere an kein bestimmtes Wort gebundene Stipulation des jus gentium hingegen (S. 555) kann im Futurum geschlossen werden: dabis? dabo, facies? faciam.

838) Vat. frag. § 49.

Digitized by Google

sein, diese mit ihm sofort beginnen, das Rechtsgeschäft kann weder anticipirt, noch suspendirt werden.

Es bleibt mir schließlich noch:

6. Die Form der Frage und Antwort. Für gewisse Gelegenheiten versteht sie sich von selbst, für andere Verhältnisse hingegen ist ihre Wahl Sache der Erwägung gewesen; es liegt ihr eine bestimmte Absicht zu Grunde, die wir zu ermitteln haben.

Wenn der Beklagte bei Beginn des Prozesses vor dem Prätor (in jure) aus eigenem Antriebe ein für den Kläger wichtiges Geständniß ablegte, so hatte dies nicht die Kraft einer confessio in jure: er mußte gefragt sein (interrogatio in jure).[839] Warum? Das Geständniß als solches ist etwas Beziehungsloses; soll dasselbe eine Beziehung auf diesen Kläger erhalten, so muß dies durch eine Handlung von seiner Seite vermittelt werden. Dies geschieht durch die Frage. Jetzt ist das Geständniß ihm abgelegt (in personam, nicht bloß in rem).

Ebenso bei dem Versprechen. Und zwar mag es so scheinen, als ob die beabsichtigte Richtung des Versprechens auf diesen Gläubiger schon vollständig dadurch an den Tag gelegt werde, daß die Leistung an ihn erfolgen solle, einerlei ob das Versprechen ihm gegenüber abgelegt sei. Allein dann hätte es auch als confessio in jure gelten müssen, wenn der Beklagte ungefragt gestanden hätte, daß er diesen Kläger bestohlen oder von ihm etwas erhalten habe. Die bloße Beziehung des Inhalts der Aussage auf ihn genügt nicht, die Beziehung muß hier wie dort durch eine Willenserklärung des Gläubigers hergestellt werden.

Allein warum kann dies in beiden Fällen nicht durch Acceptation geschehen? Ein acceptirtes Geständniß oder Ver-

839) Dies geht hervor aus der Art, wie Ulpian in L. 9 pr. de interr. (11. 1) sich äußert: si sine interrogatione quis responderit se heredem pro interrogato habetur. Ein Beispiel einer Frage aus dem Legisactionenprozeß bei Gaj. IV, 16: postulo, anne dicas, qua ex causa vindicaveris.

Digitized by Google

sprechen, sollte man sagen, stände einem auf Grund der Frage abgelegten völlig gleich. Die Antwort ist: weil der, welcher erwerben will und später möglicherweise klagen muß, die Initiative ergreifen muß.[840] Bei Akten, bei denen die Handlung des einen Theils genügt wie bei der Mancipation und der gerichtlichen Abtretung, der andere sich aber auf eine passive Assistenz beschränken kann, bedarf es aus diesem Grunde der Frage nicht. Anders aber, wenn der Akt eine Erklärung des zu Verpflichtenden erfordert, und zwar eine solche, die ihm von dem Gegner nicht anbefohlen werden kann. Hier hat letzterer die Erklärung zu formuliren und ihm vorzulegen[841] und zwar in Form der Frage, weil diese Form, indem sie die Möglichkeit der Bejahung oder Verneinung offen läßt, implicite die Freiheit des andern Theils anerkennt, während der Befehl seiner Idee nach diese Freiheit ausschließt, mithin nur da am Platz ist, wo der Andere ihn befolgen muß.

Die Anwendbarkeit der Frage war begreiflicherweise auf die obigen beiden Fälle der interrogatio in jure und der stipulatio nicht beschränkt. Es hat aber kein Interesse, die sämmtlichen oder auch nur die Hauptfälle aufzuführen, ich beschränke mich auf die Bemerkung, daß bei ihnen allen der obige Gesichtspunkt sich zu wiederholen scheint, daß nämlich, wer von dem Andern etwas erreichen will, mittelst der Frage die Initiative ergreift, sei das zu erreichende eine bloße Meldung, Aussage, wie bei der Frage des Magistrats an den Augur, oder eine Autorisation, wie bei der

840) Die Begründung dieses Gesetzes der Initiative an anderer Stelle. Als Beispiel diene die stipulatio, in jure cessio, mancipatio; selbst bei der Testamentserrichtung spricht zuerst der familiae emtor und erst nach ihm der Testator. Es ist der nur formelle Ausdruck dieses Grundsatzes, daß die römische demonstratio in allen Beispielen, welche Gajus (IV, 40, 47, 59, 136, 137) mittheilt, stets auf die zur Begründung der Obligation erforderliche Thätigkeit des Klägers (deposuit, stipulatus est, vendidit), nie auf die dazu ebenso wesentliche des Beklagten lautet.

841) Damit hängt die Interpretationsregel in L. 39 de pact. (2. 14) und L. 38 § 18 de V. O. (45. 1) zusammen.

Digitized by Google

des Fetialen an den König[842]) oder, wie in den eben angegebenen Fällen, eine Verpflichtung des anderen Theils.

Die Form der Bitte war die entsprechende Ausdrucksform für rechtlich nicht verbindliche Auflagen; einen Anwendungsfall enthielten die Fideicommisse, bevor sie klagbar wurden.

2. Die juristische Syntax.

Die rechte logische Reihenfolge der Worte und Satztheile festzustellen ist ein Problem, mit dem das klassische Alterthum sich vielfach beschäftigt hat. Es konnte nicht ausbleiben, daß auch die alten Juristen bei der Abfassung der Formeln auf diese Frage geführt wurden. Ihre Antwort darauf ist uns aufbewahrt, sie liegt in den uns erhaltenen Formeln. Aber freilich bedarf es erst eines Suchens, um sie zu finden.

Nach dem Vorbilde der Syntax haben wir die Stellung der einzelnen Worte und die der einzelnen Satztheile ins Auge zu fassen. Über erstere habe ich wenig zu sagen, da es nicht meine Absicht sein kann, mich auf das Gebiet rein grammatikalischer für meine Zwecke werthloser Untersuchungen zu verlieren. Ich beschränke mich auf folgende abgerissene Bemerkungen.[843])

Wenn mehrere einzelne Arten eines Gattungsbegriffs aufgeführt werden, die aus verschiedenen Zeiten datiren, im übrigen aber sich gleichstehen, so wird die chronologische Reihenfolge derselben inne gehalten, also z. B. die lex vor dem Ple-

842) L. I, 24. Jubesne me, Rex, ... foedus ferire ... facisne me tu regium nuntium u. s. w.? Ob nicht auch die tutoris auctoritas früher durch eine eigene darauf gerichtete Frage hervorgerufen werden mußte, lasse ich dahin gestellt, es scheint aus L. 3 de auct. 26. 8. Etiamsi non interrogatus tutor auctor fiat, valet auctoritas ejus hervorzugehen.

843) Daß bei der Anrufung einer Person (z. B. der Götter, Cato de re rust. c. 132, 134. Liv. I, 18. VIII, 9) der Name gleich am Anfang genannt wird, und daß eben so die Formula mit der Nennung des Richters (M. M. judex esto) beginnt, verdient kaum der Hervorhebung.

Digitized by Google

biscit, beide zusammen vor den Senatsbeschlüssen, letztere vor den Constitutionen der Kaiser genannt.[844]) Wie sehr dies in der Weise der Römer gelegen haben muß, geht daraus hervor, daß eine bei den römischen Archäologen ganz verbreitete Ansicht den Grund, warum bei Anrufung mehrerer Götter Janus die erste Stelle einnehme, darin finden wollte, daß er der älteste gewesen sei. Ob diese Ansicht richtig, ob nicht umgekehrt die letztere Annahme bloß jener Erklärung zu Liebe aufgestellt worden ist, will ich nicht entscheiden,[845]) für unsern Zweck genügt die bloße Ansicht.

Auch der Aberglaube hatte an der Ordnung, in der man die verschiedenen Namen aufzählte, seinen Antheil. Auf Namen glücklicher Vorbedeutung legte man in Rom bekanntlich einen hohen Werth; die Träger derselben waren bei Gelegenheiten, wo man sich durch diese Rücksicht bei der Wahl leiten lassen konnte, gesuchte Artikel.[847]) Aus diesem Grunde rief man bei Enrolirung der Mannschaft die Namen, die eine gute kriegerische Vorbedeutung hatten, zuerst auf, nämlich die der Valerii (d. i. „Kräftigen" von valere) und Statorii (die „Standhalter"), und waren keine da, so wurden in ächt römischer Weise — welche fingirt.[848])

---

844) Ich verweise auf die stehende Formel lex sive Plebiscitum und sodann auf L. 7 § 7 de pact. (2. 14) .. adversus leges, Plebiscita, SCa, edicta principum. L. 1 § 8 de post. (3. 1) lege, plebiscito, senatus consulto, edicto, decreto principum .. L. 1 § 1 i. f. ex quib. causis (4. 6) u. a. Plinius H. N. XXXIII, 8 .. qua de causa et nunc (equester ordo) post populum scribitur, quia novissime coeptus est adjici.

845) Man hatte auch andere Deutungen allegorischer Art, die ebenfalls bei der bekannten Weise der Römer große innere Wahrscheinlichkeit haben, z. B. daß Janus als Pförtner den Bitten den Eingang öffnen solle. Die sämmtlichen Belegstellen s. bei Briss. I, c. 75.

847) So z. B. um das Opferthier zu führen. Plin. H. N. XXVIII, 5.

848) Schol. Bob. ad orat. pro Scauro § 30 (Orelli II, p. 374) necesse enim erat, ut haec nomina prima essent in exercitu propter omen. Cic. de nat. deor. II, 27. Cum in omnibus rebus maximam vim haberent prima et extrema. Darum begann man auch die censorischen

Digitized by Google

Nach einem Bericht von Plinius war sogar in einem Fall die Ordnung der Worte durch ein Gesetz ausdrücklich bestimmt.[849] Der Magistrat sollte nämlich bei Verhängung einer Brüche zuerst die Schaafe und dann die Rinder nennen, und darin will jener Schriftsteller einen Beweis von Milde der älteren Gesetze finden. So lauten seine Worte, allein es ist offenbar, daß dieselben etwas anderes sagen sollen, oder daß sie etwas Verkehrtes enthalten. Das Richtige schimmert deutlich durch. Jene Ordnung bezog sich auf die Steigerung der Brüche bei fortgesetzter Halsstarrigkeit. Der Magistrat sollte mit dem niedrigsten Satz: dem Schaaf beginnen und erst, wenn diese Strafe sich als unausreichend erwiesen hatte, in Rindern brüchen.[850]

Von ungleich höherem Interesse als die Reihenfolge der einzelnen Worte ist die der einzelnen Satztheile oder die logische Gliederung des Gedankens. Das einfache Princip dieser Anordnung besteht darin: was nach Regeln der Logik und zwar der auf die Rechtsbegriffe angewandten, vorangeht, nimmt in der Formel die erste,[851] was nachfolgt, die zweite Stelle ein. Darum geht der eigentlichen Disposition voran:

1. die Beschreibung des Gegenstandes oder des Verhältnisses. Als bekanntesten Anwendungsfall nenne ich die demonstratio der Formula:

Quod A. A. apud N. N. mensam argenteam deposuit, qua de re agitur — quidquid ob eam rem (in den älteren

---

Verpachtungen mit dem lacus Lucrinus (wegen der Allusion an lucrum!) Fest. Lacus Lucr. (Müller p. 121), und die Ausverdingungen mit der der Fütterung der rettenden capitolinischen Gänse. Plinius H. N. X. 26.

849) Plin. H. N. XVIII, 3.

850) So ist Gellius XI, 1 über die multa minima und suprema mit Plinius zu combiniren. Niebuhr Röm. Gesch. B. 2 Aufl. 3. S. 341. Die Ansicht ist jetzt genauer begründet von Huschke in seiner Schrift, Die Multa und das Sacramentum, Leipzig 1874.

851) Damit hängt auch die Stellung der praescriptiones pro reo (Keller Röm. Civilprozeß § 43) am Anfang der Formel zusammen.

Digitized by Google

Formeln: ejus rei ergo) N. N. A. A. dare facere oportet u. s. w. Gaj. IV, 47. — Fundus, qui est in agro, qui Sabinus vocatur, eum . . . meum esse ajo. Cicero pro Mur. 12.

Die Beispiele wiederholen sich in allen Formeln des geistlichen, öffentlichen und Privatrechts in unzähliger Menge: z. B.:

Quam rem Senatus Populusque Rom. de republica deque ineundo novo bello in animo haberet — ea res uti u. s. w. Liv. XXXI, 5.

2. Die Erwähnung des Eintritts der Voraussetzung:

Quod me P. Maevius testamento heredem instituit — eam hereditatem adeo cernoque Gaj. II, 166. — Quod tu mihi judicatus sive damnatus es . . . ob eam rem . . . manum injicio. Gaj. IV, 21.[852])

Quando in jure te conspicio, postulo u. s. w. Quando negas, sacramento provoco. Val. Prob. de notis § 4 und Gaj. IV, 16.

Dieser objective Eintritt der Voraussetzung läßt sich subjectiv in vielen, wenn nicht in allen Fällen auch als Grund der Handlung auffassen, dies darf uns jedoch nicht abhalten, des letzteren als eines eigenen logischen Moments besonders zu gedenken.

3. Der Grund. Dem Schluß oder Entschluß geht der Grund logisch voran. So bei der Formel der griechischen Prodigalitätserklärung:

Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis . . . ob eam rem tibi ea re commercioque interdico. Paul. Sent. Rec. III, 4ª § 7.

und bei der Kriegserklärung, wobei ein doppelter Grund oder richtiger ein Grund des Grundes angegeben wird:

Quod populi priscorum Latinorum . . . adversus P. R. Q.

852) Für diesen Fall ist sogar das Erforderniß der vorherigen Namhaftmachung der causa von Gaj. IV, 24 ausdrücklich hervorgehoben.

Digitized by Google

fecerunt, deliquerunt (s. g. fundamentum remotum) quod P. R. Q. bellum cum . . . jussit esse (s. g. fundamentum proximum) . . . ob eam rem . . . bellum indico facioque. Liv. I, 32.

4. Die Bedingung. Die ganze Disposition ist nur für den Fall beabsichtigt, daß die Bedingung eintritt; wer über jene zu erkennen hat, muß sich erst des Eintritts dieser vergewissern, die Voranstellung der Bedingung zeichnet ihm also logisch den Gang vor, den er bei der Untersuchung einzuhalten hat.

Diese logisch nothwendige Stellung der Bedingung kehrt daher, soweit ich habe vergleichen können, überall wieder. Als Beispiele verschiedener Geschäfte nenne ich folgende:

Das Votum: Si bellum . . confectum erit, tum u. s. w. Liv. XXXVI, 2.[853])

Die Verwünschung bei Abschluß des Födus: Si prior deficit . . tu . . Jupiter populum Rom. sic ferito u. s. w. Liv. I, 24.

Die Intentio in der Instruction an den Richter: Si paret, N. N. Ao Ao centum dare debere, condemna, si non paret, absolve. Gaj. IV, 41, 43[854]) und die angeblich älteste Formel bei Liv. I, 26.

---

853) Eine ganze Blumenlese bei Briss. I, c. 159 und fl. Die bei den Dichtern vorkommenden Vota eigener Fabrication können natürlich nicht mit in Betracht kommen, obgleich auch sie regelmäßig die Bedingung voranstellen.

854) Ich benutze diese Gelegenheit, um auf einen für die scharfe Fassung der Formeln recht lehrreichen Beleg aufmerksam zu machen. Enthält nämlich nicht das: si non paret absolve einen Pleonasmus? verstand es sich nicht von selbst, daß der Richter zu absolviren hatte, wenn die Bedingung der Condemnation, das si paret nicht eingetreten war? Für uns wohl, und ebenso dachten die späteren römischen Juristen (L. 37 de R. J. 50. 17. L. 3 de re jud. 42. 1), allein die früheren verlangten, daß dies ausdrücklich hervorgehoben werde, denn das Gegentheil von si paret, condemna ist streng genommen nicht das positive: absolve, sondern das negative: ne condemna, und bei den Quästiones perpetuä bestand längere Zeit hindurch noch eine dritte Möglichkeit: die Erklärung des »non liquet«. Darin be-

Digitized by Google

Die Erbeseinsetzung und sämmtliche bedingte Dispositionen des Testaments. Gaj. II, 179, 235. L. 40 § 3, 8 de statulib. (40. 7).[855])

Dagegen gehen nach:

1. die Beschränkung, die Auflage. Darum findet bei Bestellung der Servitut durch deductio die Servitut als eine Beschränkung des Eigenthums ihre Stelle hinter dem auf Gewährung des Eigenthums gerichteten Passus:

ajo hunc fundum meum esse . . deducto usufructu. Vat. fr. § 50.

Aus demselben Grunde konnte auch das Legat nur hinter der Erbeseinsetzung Platz finden, denn es enthält eine Verminderung der Erbschaft,[856]) und eben darum meinten diejenigen Juristen, welche diesen Gesichtspunkt für den entscheidenden ansahen (Note 861), daß die tutoris datio vor der Erbeseinsetzung stehen dürfe, da sie mit der Erbschaft nichts zu schaffen habe.[857]) Ein anderes Beispiel, das ich jedoch erst bei einer andern Gelegenheit klar machen kann, gewährt die cretio:

Titius heres esto, cernitoque etc. Ulp. XXII, 33.

2. Die Ausnahme. Der bei weitem wichtigste Anwendungsfall ist die Stellung der exceptio in der Formula. Wer mit mir die Überzeugung theilt, daß über Fragen der juristischen Syntax nicht stylistische Rücksichten,[858]) sondern nur die Gesetze

---

ruhte auch vielleicht die Nothwendigkeit der ausdrücklichen exheredatio bei der bedingten heredis institutio eines suus heres, was ich hier nicht weiter ausführen kann. Nur wo beim Nichteintritt der Bedingung lediglich die bedingt gesetzte Folge ausfallen soll (z. B. si fecerim, spondesne centum dare), bedarf es der ausdrücklichen Hervorhebung nicht; die reine Negation versteht sich von selbst.

855) Viele andere Belege bei Briss. VII, c. 62 u. a. a. St.

856) Delibatio hereditatis, L. 116 pr. de leg. I. (30).

857) Gaj. II, 231 . . . quod nihil ex hereditate erogatur tutoris datione.

858) Wie Savigny System V § 226 Note I glaubt, indem er gegen

Digitized by Google

der logischen Ordnung entschieden, kann darüber nicht zweifelhaft sein, daß die exceptio an das Ende der intentio gehörte. An das Ende der condemnatio gesetzt[859]) hätte sie gesagt: erst condemnire, o Richter, und dann untersuche, ob nicht eine Ausnahme vorliegt.

3. Der Zweck. Ich nenne die bekannte Eidesformel:

se uxorem liberorum quaerendorum causa habere.

Gell. IV, 3.

4. Die accessorische Dispositon. Von den verschiedenen Dispositionen eines Geschäfts ist diejenige zuerst zu nennen, von deren Gültigkeit und Bestand alle andern abhängen. Damit das Legat zu Recht bestehe, muß vorher die Erbschaft angetreten sein, die Frage nach den Legataren kann erst aufgeworfen werden, wenn die nach dem Erben erledigt ist; es muß also im Testament die Erbeseinsetzung den Legaten und allen übrigen Dispositionen vorausgehen.[860]) Ebenso kann eine Pupillarsub-

---

die im Text vertheidigte Stellung den Einwand des „unbehülflichen und undeutlichen Ausdrucks" geltend macht.

859) Was Savigny schlechthin will und Keller Röm. Civilproz. § 34 Note 370 wenigstens für möglich hält. Die lex Rubria c. 20, die er anführt, beweist dies nicht, denn die condemnatio steht in der von ihr aufgestellten Formel ganz am Ende (C. S. N. P. A. d. h. Condemna, Si Non Paret Absolve). Der Schein des Gegentheils ist durch die Auflösung von E. J. in eum jube veranlaßt — eine Auflösung, die aus mehreren, ziemlich auf der Hand liegenden Gründen unmöglich ist. — Darum kann auch die deductio bei der Klage des bonorum emptor unmöglich hinter der condemnatio gestanden haben, wohin Dernburg, Über die emtio bonorum S. 142 und Die Compensation Aufl. 1 S. 54 sie stellt (in der zweiten Aufl. der letzteren Schrift hat er S. 42 nach v. Scheurl Beiträge I S. 155 seinen Irrthum berichtigt). Es hätte geheißen: Richter, verurtheile erst den Beklagten auf das Ganze und hinterher ziehe ab!

860) Gaj. II, 229. — Ante heredis institutionem inutiliter legatur, quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt et ob id velut caput et fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio § 230 (libertas) § 231 (tutoris datio). Auch die exheredatio konnte früher erst nach der hered. institutio geschehen, bis Trajan das Gegentheil erlaubte, L. 1 pr. de hered. inst. (28. 5).

Digitized by Google

stitution nur angeordnet werden, nachdem der Testator sich selber den Erben ernannt hat.[860a]) Eben darum war auch die Ansicht der Proculejaner,[861]) daß die tutoris datio ihren Platz vor der Erbeseinsetzung finden könne, im Geist des ältern Rechts entschieden zu verwerfen; sie wurzelte in der einseitigen Geltendmachung des oben (Note 857) angedeuteten Gesichtspunktes.

Wenn ein Testator seinen Sklaven im Testament zugleich freilassen und zum alleinigen Erben einsetzen wollte, welche von beiden Dispositionen hatte er zuerst zu treffen?

Um Erbe zu werden, mußte der Sklave vorher frei sein; um frei zu werden, mußte die Erbschaft angetreten sein. Es war ein Cirkel, aus dem es keinen Ausweg gab, eine logische Sackgasse, und wäre nicht am Ende die Rücksicht auf das praktische Interesse in den alten Juristen doch noch stärker gewesen als alle Macht der Sophistik, sie würden jene Disposition für unmöglich haben erklären müssen. Sie halfen sich, indem sie die beiden Verfügungen in einem Satz zusammenfaßten, die Verwirklichung also als gleichzeitig zu denkend bezeichneten.[861a])

Die bisherige Untersuchung kann als erster in dieser Richtung unternommener Versuch unmöglich auf Vollständigkeit Anspruch machen; ein Gebiet, das schon dem ersten Anlauf eine so reiche Ausbeute gewährte, schließt jedenfalls noch eine Menge ungehobener Schätze in sich,[861b]) und ich kann nur wünschen, daß

860a) Das Gegentheil bezeichnet der Jurist in L. 2 § 4 de vulg. subst. (28. 6) als »convertere ordinem scripturae«.

861) Gaj. II, 231.

861a) Gaj. II, 186 .. simul et liber et heres esse juberi debet, wobei dann die Voranstellung der einen oder andern Verfügung gleichgültig sei. Darauf bezieht sich die Regel, welche Alfenus Varus in L. 14 de pec. leg. (33. 8) aufstellt: in conjunctionibus (d. h. in den zur Einheit verbundenen Verfügungen) ordinem nullum esse neque quicquam interesse, utrum eorum primum diceretur aut scriberetur.

861b) Ich unterdrücke selber einige abgerissene Beobachtungen, für die ich keine rechte Stelle habe finden können, jedoch möge folgende hier Platz finden. Warum lautet die Formel des Vindicationslegats: capito, sumito,

Digitized by Google

mein Beispiel dazu beitragen möge, die historischen Forschungen mehr als bisher auf diesen so völlig vernachlässigten Punkt zu richten.[861c]) Daran würde sie einen ungleich würdigeren und dankbareren Gegenstand besitzen als an der heutzutage fast zu einer Modekrankheit der Rechtshistoriker gewordenen Unsitte des Reconstruirens römischer Klagformeln. Wenn man bedenkt, wie lückenhaft und völlig unvollkommen zur Zeit noch unsere Kenntniß der Gesetze dieses Zweiges der altjuristischen Kunst beschaffen ist, und wie wenig unser modernes Auge die Schärfe oder Übung besitzt, die Feinheiten derselben wahrzunehmen, so daß selbst unsern größten Meistern Verstöße der allergröbsten Art begegnen konnten,[861d]) so wird man derartigen zum großen Theil aus wissen-

---

habeto, die des Damnationslegats: dato, facito? Hätten sie nicht umgekehrt lauten können? Nein! Die Obligation geht auf eine Leistung, ein dare, facere des Schuldners, der Eigenthumserwerb besteht nach römischer Ansicht in einem Nehmen des Erwerbers (B. 1 S. 110), einem capere, sumere, darum lautete die eine Formel auf eine Handlung des Erben, die andere auf eine des Legatars, ohne des Erben zu erwähnen (so wie ja auch die der mancipatio und in jure cessio des bisherigen Eigenthümers nicht gedenkt).

861c) [913] Ich möchte ihn insbesondere auch der Aufmerksamkeit der Philologen empfehlen. Wo fänden dieselben z. B. eine so absichtliche Unterscheidung der Conjunctionen quod und quando als in den vier Formeln der cognitoris datio bei Gaj. IV, 83, von denen die beiden des Klägers sich der einen, die des Beklagten sich der andern bedienen. (Vergl. auch die beiden Beispiele auf S. 618.) Ich bin fest überzeugt, daß die begriffliche Nüancirung der Conjunctionen quod, quum, quoniam, quando, si u. s. w. nirgends so beachtet und folglich auch zu beobachten ist als in den alten juristischen Formeln.

861d) [915] So z. B. stellt Savigny die exceptio hinter die condemnatio (Note 859) — eine Instruction an den Richter, die um nichts besser ist, als wenn ein General einem Officier befehlen würde, einen Spion erst aufzuhängen und dann zu untersuchen, ob er auch wirklich Spion gewesen sei, in diesem Fall ihn aber nicht aufzuhängen. Puchta (Cursus der Inst. II § 161 Note o) gibt als Formel, wodurch der Prätor die Parteien zum manus conserere bei Grundstücken aufforderte, folgende an: suis utrisque superstitibus praesentibus vindicias sumite, inite viam. Statt der gesperrten Worte hat Cic. pro Mur. 12, dem die Formel entnommen

Digitized by Google

schaftlicher Prunksucht und Schaustellung hervorgehenden Versuchen schwerlich einen großen Werth für die Wissenschaft beilegen können, vielmehr sich durch sie nur in der hausbackenen Wahrheit

---

ist: istam viam dico, die aber Ciaconius (»satis ingeniose e Festo«. Orelli ad h. l.) mit jenen vertauscht, worin er an Puchta einen Nachfolger gefunden hat. Wer die Formel bei letzterem liest, muß sie für eine ächte halten, sie wird mitgetheilt mit Angabe der Quellenbelege und ohne weitere Warnung. Der Umstand, daß ein Mann wie Puchta jene Worte nicht sofort für unmöglich erkannte, liefert einen frappanten Beweis dafür, wie wenig wir uns noch in das römische Formelwesen hineingedacht haben; sie enthalten einen Verstoß gegen die einfachste Bauernlogik — jeder Römer würde den Prätor verlacht haben, der ihm befohlen hätte, zuerst die Scholle zu holen und dann sich auf den Weg zu machen! Einen gleichen Verstoß, den ich wohl nicht erst zu erläutern brauche, begeht Puchta in seinen Pandekten § 504 mit seiner „Setzung eines Termins der Erklärung als Bedingung der Einsetzung“ (also etwa so: si intra dies 100 creveris, heres esto!). Andere Beispiele s. Note 859 (Dernburg, Stellung der deductio hinter die condemnatio); S. 605 (Huschke; Gebrauch des Imperativ bei einer Handlung, die der Sprechende selber vorzunehmen hat); B. 4 § 52 Note 96 (Keller und Rudorff, Construction der act. negatoria und confessoria in einer Weise, daß jene mit Erfolg auch vom Nichteigenthümer, diese aber von dem wirklich Berechtigten nur gegen den Eigenthümer hätte angestellt werden können). B. 4 S. 58 Note 44 (Rudorff, Construction einer act. in factum für die uralte act. furti). S. auch das von Bruns, Zeitschrift für R. G. I S. 44 angeführte Beispiel einer Reconstruction der Formel der act. de constituto von Noodt und Haubold, welches darauf hinausläuft, daß der Prätor diese Klage dem Berechtigten dann zu geben verspricht, wenn er vorher den Beweis des constitutum erbracht hat (si appareat, judicium dabo). Ich habe mich bei dieser Auswahl nur auf die Tonangeber in unserer Wissenschaft beschränkt, die dann freilich von ihren Jüngeren überboten worden sind. Da findet sich z. B. bei Salkowski, Bemerkungen zur Lehre von den juristischen Personen 1863 S. 42 eine actio pro socio mit der demonstratio: »quod Servilius (der Beklagte) socius est«, an der nichts richtig ist als die Conjunction quod! Denn 1. lautet jede der uns erhaltenen demonstrationes auf die Person des Klägers und aus gutem Grunde (Note 840), sodann 2. gebraucht jede das Perfectum, ebenfalls aus gutem Grunde, denn das Schuldigsein und das »socium esse« kann man nicht beweisen, sondern nur den in der Vergangenheit liegenden Abschluß des Contracts. Doch genug der Proben!

Digitized by Google

bestärken lassen, daß man eine Kunst, bevor man sie übe, erst kennen müsse.

3. Das Gesetz der Correspondenz der Form.

Zu den bisher erörterten Gesichtspunkten und Regeln, die das Rechtsgeschäft für sich allein, als einzelnen selbständigen Willensakt betreffen, gesellt sich als ein die Form desselben bestimmendes Motiv noch die innere Beziehung hinzu, in der dasselbe zu verwandten rechtlichen Thatsachen steht.

Wenn der Gläubiger dem Schuldner die Schuld erläßt, so ist dieser Erlaß zwar ein einzelner, selbständiger Akt, allein er steht in einem nothwendigen, innerlichen Bezug zu der Schuld selber. Dasselbe gilt von der Klage; auch sie steht und fällt mit dem Recht, das sie verfolgt, also in letzter Linie mit dem Akt, durch welchen dasselbe angeblich ins Leben gerufen ist. Gehen wir weiter zurück, so weisen alle diese drei Akte: Begründung, Aufhebung und gerichtliche Geltendmachung des Rechts wiederum auf das objective Recht zurück.

So knüpft sich also zwischen den einzelnen Rechtsgeschäften untereinander und zwischen ihnen und den Rechtssätzen und Rechtsbegriffen ein Band innerlich nothwendiger Beziehungen, und das römische Recht hat dem Vorhandensein dieser Beziehungen in der Form und Formel der einzelnen Akte einen morphologischen Ausdruck gegeben. Nicht in der rein äußerlichen, ich möchte sagen rohen Weise, daß diese Beziehung des einen Akts oder Begriffs zum andern in der Formel bloß erwähnt wird; dies ist in den meisten Fällen gar nicht anders möglich — wie könnte man z. B. eine Schuld erlassen oder einklagen, ohne sie selbst, d. h. ihre Entstehung namhaft zu machen? Sondern der Einfluß, den dies Moment auf die Formel oder allgemeiner: auf die Form ausübt, ist ein ungleich feinerer, er ist wirklich morphologischer Art, d. h. die Form oder die Formel legt durch ihren ganzen Zuschnitt Zeugniß ab von der Beziehung, die zwischen beiden Geschäften oder Thatsachen obwaltet. Es ist ein neuer Beleg für eine Be-

Digitized by Google

obachtung, die ich oben (S. 485) in Bezug auf die Gestaltung der römischen Formeln constatirt und dort als Parallelismus der Begriffe und Formen bezeichnet habe, ich nenne ihn das Gesetz der Correspondenz der Form.

Wäre es nöthig, die einzelnen Anwendungsfälle desselben nach streng logischer Ordnung zu gruppiren, so müßte ich mit der Correspondenz zwischen dem Rechtsgeschäft und dem Recht im objectiven Sinn beginnen. Allein es scheint mir angemessener, diejenige Ordnung zu wählen, welche den Leser am leichtesten und bequemsten in die Sache einführt, und aus diesem Grunde möge die erste Stelle einnehmen:

1. die Correspondenz zwischen den Begründungs- und Aufhebungsformen der Rechtsverhältnisse.

Während wir bei den späteren römischen Juristen kein einziges der von mir bisher entwickelten Gesetze der Form ausdrücklich hervorgehoben finden, verhält es sich mit dem gegenwärtigen anders. Und in der That konnte sich dasselbe ihrer Beobachtung kaum entziehen, da es mehr als irgend ein anderes in die Augen sprang. Sie drücken es aus: nichts sei so sehr der Natur der Sache entsprechend, als daß etwas auf dieselbe Weise untergehe, wie es entstanden sei.[862]) Dasselbe hatte aber nach der Art, wie die altrömische Jurisprudenz es gehandhabt hat, nur eine formelle Wahrheit, d. h. nur die Formen und Formeln der Aufhebung des Rechts entsprachen denen seiner Begründung, der Versuch der spätern Juristen, demselben auch eine materielle Wahrheit zu vindiciren,[862a]) war von vornherein verfehlt. Anwendungsfälle desselben sind folgende:[862b])

---

862) L. 35 de R. J. (50. 17) Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est, L. 153 ibid. s. S. 380 Note 523.

862a) Wie in L. 46 de A. P. 41. 2 (Anwendung auf Besitz) und in L. 35 de R. J. cit., wo der Jurist den Parallelismus zwischen den Entstehungsgründen der Obligationen (re, verbis, consensu) und ihren Tilgungsarten behauptet. Wenn Kuntze, Krit. Vierteljahrsschr. IX. S. 522 „die Herrschaft des alten Satzes vom contrarius actus« auch darauf erstreckt,

Digitized by Google

Der Widerruf des Legats (ademtio legati) von Seiten des Testators kann nicht mit beliebigen Worten, sondern nur mittelst »verba contraria« geschehen, d. h. durch Wiederholung der Worte der Errichtung mit hinzugefügter Negation, also z. B. beim Vindicationslegat (do, lego) mit non do, non lego, beim Damnationslegat (damnas esto dare) mit damnas ne esto, bei der Freilassung des Sklaven (liber esto) mit liber ne esto.[863])

Die Aufhebung einer Nexusschuld konnte nur durch einen der Errichtung derselben correspondirenden Akt: nexi solutio, liberatio erfolgen. Der Schuldner, der wirklich gezahlt hatte, aber ohne jene Form zu beobachten, blieb verhaftet, während er umgekehrt auch ohne reelle Zahlung frei ward, wenn der Gläubiger ihn in Form dieser Scheinzahlung liberirt hatte.

Die solenne Form des Erlasses einer Stipulationsschuld und ausschließlich auf letztere beschränkt[864]) war die Acceptilation, das directe Gegenstück der Stipulation. Hier wie dort ward das Geschäft durch solenne Worte und in Frageform abgeschlossen, aber mit einer Umkehrung beider. Bei der Stipulation fragte der Gläubiger und antwortete der Schuldner, hier fragte umgekehrt dieser (acceptum habes?) und antwortete jener (acceptum habeo). Inwiefern diese auf „Erhalten haben" gestellte Fassung

---

so beneide ich ihn nicht um die verzweifelten Anstrengungen, zu denen er sich zu dem Zwecke genöthigt sieht, z. B. bei den Consensualcontracten sei der Zahlungsakt regelmäßig mit mutuus dissensus verbunden, als ob die Erreichung des Zweckes der Obligation identisch sei mit der Aufgabe desselben.

862b) Aus demheutigen Recht läßt sich als Beispiel die Aufhebung der Wechselschuld nennen. Kuntze, Deutsches Wechselrecht S. 61.

863) Ulp. XXIV, 29. pr. I. de ademt. leg. (2. 21) L. 13 § ult. de statul. (40. 7). Anders bei dem an eine Form nicht gebundenen, erst dem neueren Recht angehörigen Fideicommiß: L. 18 de leg. III (32), L. 27 Cod. de fideic. (6. 42).

864) L. 8 § 3 de acc. (46. 4): Acceptum fieri non potest, nisi quod verbis colligatum est. Acceptilatio enim verborum obligationem tollit, quia et ipsa verbis fit, neque enim verbis potest tolli, quod non verbis contractum est.

Digitized by Google

der Acceptilation gegensätzlich der Stipulation entspricht, kann nur in einem andern Zusammenhange (B. 4 Abth. 2) klar gemacht werden.

Dasselbe galt für den Literalcontract. Ein im Hausbuch (codices accepti et expensi) eingetragener Posten (nomen) mußte im Hausbuch wieder gelöscht werden. Die Eintragung war auf die Hingabe (expensum) gestellt, folglich die Löschung auf das Erhalten (acceptum); beim Schuldner umgekehrt.

Die Dürftigkeit unserer Nachrichten verhindert uns zu entscheiden, ob dieser Grundsatz nicht noch weitere Anwendung fand, ob z. B. nicht die Auflösung einer confarreirten Ehe (diffarreatio) der Eingehung derselben, die exauguratio der inauguratio u. s. w. entsprochen habe.[865])

2. Correspondenz zwischen der Begründung und gerichtlichen Geltendmachung des Rechts.

Ich brauche nicht daran zu erinnern, daß der Grundsatz nur auf Rechtsgeschäfte Anwendung findet, also nicht auf Delictsobligationen, Erwerb des Eigenthums durch Ersitzung u. s. w.

Fassen wir zunächst die Eigenthumsklage ins Auge, so kehrt das Charakteristische der Form der Mancipation bei ihr in einer Weise wieder, welche die Annahme einer Absicht außer allen Zweifel setzt. Jenes Charakteristische lag in dem Ergreifen der Sache und in der Formel: ajo rem meam esse (S. 538). Letztere ist für die Vindication wörtlich dieselbe, und ebenso wiederholt sich bei ihr auch das Ergreifen der Sache (S. 574). Dasselbe gilt für die act. confessoria und negatoria.[866])

865) Otto jurispr. symb. p. 485 gibt noch einen historisch beglaubigten Anwendungsfall an, nämlich den, daß wie die Gründung, so auch die Zerstörung der Städte durch den Pflug zu geschehen pflegte, s. Serv. ad Aen. IV, 212 nam ideo ad exaugurandas et diruendas civitates aratrum adhibitum, ut eodem ritu quo condita, subvertatur. Der Grundsatz wird wahrscheinlich wenn nicht seinen Ursprung, so doch eines seiner ältesten Anwendungsgebiete im religiösen Ritus gehabt haben.

866) L. 20 pr. de S. P. R. (8. 3). Si .. (con)cesseris .. uti frui eo jus esse, deinde ego (con)cessero, jus mihi uti frui non esse.

Digitized by Google

Diese Beobachtung muß zu der Frage führen, ob nicht bei der persönlichen Klage ein ähnliches Verhältniß obgewaltet haben mag. Valerius Probus hat uns als eine den Legisactionen angehörige Formel die oben Note 835 mitgetheilte: ajo te mihi dare oportere aufbewahrt, in der man, und gewiß mit Recht, die der persönlichen Klage hat finden wollen. Im Formularprozeß lautet die Formel ebenso (si paret) N. N. Ao Ao dare oportere. Als formelle Geschäfte, denen diese Formel correspondiren könnte, kommen nur die Sponsion und der Literalcontract in Betracht. Beide aber schließen den Gedanken an eine Wortallusion aus, denn in dem in der Stipulation wie in der Formel wiederkehrenden bloßen dare Stichum wird man sie nicht erblicken wollen. Das charakteristische »oportere« fehlt. Die Correspondenz war hier eine, wenn ich so sagen darf, idealere, feinere; sie steckt in dem Gegensatz der Formulirung der Klage in rem und in personam. Das Eigenthum als absolutes Recht trägt sowohl bei der Begründung wie bei der Geltendmachung eine absolute Form an sich, die Obligation bei dieser wie jener Gelegenheit eine relative (S. 470).[866a])

3. Correspondenz zwischen der Klage und dem Urtheil.

Die Klage des ältern Prozesses ist so zu sagen ein dem

866a) Insofern mag man die meines Wissens zuerst von Liebe, Die Stipulation (1840) S. 13 gemachte feine Beobachtung der „äußeren Congruenz der eigenen Erklärung der Partei mit dem judicium" als begründet anerkennen. „Das dari oportere mußte in einer dasselbe gleichsam verkörpernden Form unzweideutig und wie mit den Sinnen wahrnehmbar dastehen, und dieses war der Fall, wenn die conceptio verborum: dari spondes? spondeo vorlag" (S. 14 daselbst). Jene Correspondenz der Fassung der stipulatio und der intentio der Formel wird auch von Gajus betont, nur daß er das obige Verhältniß umdreht, Gaj. IV, 53a: itaque sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet. Denselben Gedanken, den Liebe ausspricht, hat jetzt Kretschmar, Die Natur des Prälegats nach röm. Recht. Leipzig 1874, § 18, für die Legatsformen verwerthet.

Digitized by Google

Richter unterbreiteter Urtheilsentwurf, sie muß daher ganz so lauten, wie das Urtheil lauten soll und kann.[866b]) Daraus ergibt sich, daß der Kläger abgewiesen wird, wenn in irgend einem Punkt, auch im kleinsten, sein Entwurf nicht so gefaßt ist, wie der Richter nach Prüfung der Sache das Urtheil selber entworfen haben würde — die Wirkung der plus petitio im römischen Prozeß ist mit jenem Gesichtspunkt nothwendig gegeben. Daraus folgte ferner, daß die Klage in allen Punkten bestimmt lauten (formula certa), daß sie also den Betrag der Schuld angeben mußte und diesen Punkt nicht etwa offen lassen und der Ermittlung des Richters anheimstellen durfte, wie dies bei der dem spätern Recht angehörigen formula incerta der Fall war. Wie das ältere Recht mit dieser knappen Form der Klage ausreichen konnte, ist nicht dieses Orts anzugeben,[867]) ebenso wenig wie die wesentlichen Einschränkungen auszuführen, welche der obige Grundsatz bei den Klagen des neuern Rechts (intentio incerta und formula in factum concepta) erfahren hat.

4. Correspondenz zwischen der Legisactio und den Worten des Gesetzes.

Unter allen Anwendungsfällen unseres Grundsatzes nimmt dieser weitaus die erste Stelle ein. Den einzelnen Legisactionen sind wir früher schon mehrfach begegnet (B. 1. S. 150—164, S. 298—307 und oben S. 405); was uns bisher noch fehlt,

---

866b) S. auch B. 4. S. 22. Derselbe Grundsatz gilt auch für die Anklageschrift in England und Schottland, sie ist schon als Ausspruch der Jury formulirt, d. h. auf Schuldig oder Nichtschuldig gestellt, in jus concipirt ganz wie die römische intentio certa auf »rem ejus, jus ei esse, centum dare oportere«. Auch in Frankreich nahm man die Fassung an, ja der art. 337 des code d'instruction criminelle schrieb dieselbe sogar wörtlich vor: l'accusé est-il coupable d'avoir commis tel meurtre etc.? S. darüber Glaser, die Fragstellung im Schwurgerichtsverfahren, Wien 1863.

867) S. darüber B. 4 S. 57 Note 43 (act. furti nicht auf das »dare« einer bestimmten Summe, sondern auf »pro fure damnum decidere oportere« gestellt) S. 70 fl. (Präjudicialklagen über den Betrag der Gegenforderung).

Digitized by Google

ist die allgemeine Theorie derselben, und ich finde keine passendere Stelle, sie einzuschalten als die gegenwärtige, welche uns gerade auf denjenigen Gesichtspunkt geführt hat, der für die ganze Gestaltung und Handhabung der Legisactionen der maßgebende gewesen ist, ich meine den formellen oder morphologischen: die Correspondenz der legis actio mit den Worten des Gesetzes.

Allgemeine Charakteristik der Legisactionen. — Das Gesetz der Correspondenz der Form. — Citirmethode — äußere Ausdehnung der legis actio. — Praktische Würdigung und historische Bedeutung der Legisactionen.

Ipsarum legum verbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur. Gajus IV, 11.

XLVIIc. Ich beginne mit dem Bericht des Gajus.[869]) Die Klagen, deren sich die Alten bedient, sagt er, seien legis actiones[870]) genannt worden, entweder aus dem Grunde, weil damals die Klagen[871]) ausschließlich durch die Gesetze, nicht, wie später, auch durch die prätorischen Edicte gewährt worden seien, oder darum — und daß diese Erklärung die allein richtige ist, wird der Verfolg der Darstellung lehren — weil die Klagformeln den Worten der Gesetze nachgebildet gewesen seien.[872]) Unabän-

869) Gaj. IV, 11, 30.

870) Der Ausdruck: actio, agere hatte ursprünglich weder eine vorwiegend prozessualische Bedeutung — auch die Geschäftsformulare hießen actiones II, S. 300 — noch die des Handelns im Gegensatz zum Sprechen. Varro de ling. lat. (Müller) VI § 42 .. et cum pronuntiamus, agimus. Itaque ab eo orator agere causam et augures augurium agere dicuntur, quum in eo plura dicant, quam faciant, s. auch § 77, 78 ibid.

871) Nämlich die materiellen Klagrechte, nicht die Formeln (wie Keller Römischer Civilprozeß § 12 Gajus versteht). Daß die alten Gesetze Klagformeln aufgestellt, ist nicht einmal für einen einzigen Fall, geschweige als allgemeine Einrichtung bezeugt, im Gegentheil heißt es: ex his legibus actiones compositae sunt L. 2 § 6 de O. J. (1. 2).

872) Eine dritte Deutung ist die im Widerspruch mit Gajus aufgestellte

Digitized by Google

derlich wie die Gesetze selbst hätten sie zur Anwendung gebracht werden müssen, und daher habe ein Kläger, der wegen abgeschnittener Weinreben geklagt und sich dabei des Wortes vitibus statt des in dem XII Tafeln-Gesetz gebrauchten arboribus bedient habe, den Prozeß verloren. Eben diese Strenge, bei der das geringste Versehen den Verlust des ganzen Prozesses nach sich gezogen, habe später diese Form des Verfahrens in Mißcredit gebracht und zur Einführung des Formularverfahrens geführt.

So weit Gajus. Das formgebende Moment der legis actio lag demnach in der Correspondenz der Formel mit den Worten des durch sie zur Anwendung gebrachten Gesetzes,[873] eine Abweichung davon mußte und konnte daher an einer andern Stelle von ihm mit Recht als eine Singularität bezeichnet werden.[873a] Es läge nun sehr nahe, die Richtigkeit seiner Angabe an einem Vergleich der uns erhaltenen Worte der Gesetze und Formeln zu erproben, allein leider hat es sich so gefügt, daß in den meisten Fällen, wo die Worte des Gesetzes, nicht die Formeln,

---

von A. Schmidt de orig. leg. act. Frib. 1857 p. 6. Lex soll „Spruch" bedeuten, legis actiones seien »actiones formulis dicendis peragendae« gewesen. Ganz abgesehen davon, daß lex nie diese Bedeutung hat (der alte Ausdruck ist carmen), so gibt diese Deutung gerade das Charakteristische und Treffende des Ausdrucks auf, um dafür einen Sinn einzutauschen, in dem derselbe eben so gut auf alle möglichen Formulare und Formeln passen würde. Warum kommt denn der Ausdruck legis actiones niemals in Anwendung auf letztere vor? Durch „Spruch" wurden auch sie vollzogen, und »actiones« schlechthin werden auch sie genannt (s. Note 870). Das »lege agere« wird auch vom Lictor gebraucht (z. B. Liv. 26, 16 Lictor . . adde virgas et in eum primum lege age), bei einem „Spruch" ließ er es aber nicht bewenden!

873) Diese Übereinstimmung erstreckte sich auch auf die Namen der Klage, z. B. act. de tigno juncto, membro rupto, glande legenda, arborum furtim caesarum. Der Name der Klage begründet daher einen Schluß auf die im Gesetz gebrauchten Ausdrücke, so z. B. der der actio aquae pluviae arcendae.

873a) Gaj. IV, 24 . . nec me praeterit in forma legis Furiae testamentariae pro judicato verbum inseri, cum in ipsa lege non sit, quod videtur nulla ratione factum.

Digitized by Google

und wo letztere, jene nicht erhalten sind. Nichts destoweniger hat mir die Vergleichung der XII Tafeln-Fragmente eine Ausbeute gewährt, die wenn auch in quantitativer Beziehung höchst dürftig, sich doch in doppelter Weise für die Theorie der Legisactionen mit Erfolg verwerthen läßt. In der einen Richtung kann es erst unten geschehen, in der andern ist hier der Ort dazu.

Es liegt der Gedanke nahe, daß die alten Juristen sich in derselben Weise, wie bei der Construction der Formeln der Legisactionen, so auch bei der der Rechtsgeschäfte der Worte, mit denen das Gesetz letztere erwähnte, bedient haben. Diese Muthmaßung wird jedoch durch jene Vergleichung ausgeschlossen. Die Nachbildung des Gesetzes beschränkte sich ausschließlich auf die Klagen, und diese Antwort ist für die Erkenntniß des wahren Wesens der Legisactionen höchst fruchtbar. Zu den Geschäften, für die uns noch die betreffenden Worte der XII Tafeln erhalten sind, gehören insbesondere die Mancipation, der Verkauf des Haussohnes, das Testament. Hätten die Juristen es *gewollt*, wie leicht hätten sie die entscheidenden Worte (mancipium facere — filium venundare — legare super pecunia tutelave suae rei) in der Formel anbringen können. Daß es nicht geschehen, kann nicht Zufall sein, sondern es kann nur darin seinen Grund gehabt haben, daß der Gedanke der Correspondenz der Formel mit dem Gesetz in ihren Augen in einer innern und ausschließlichen Beziehung zu den *prozessualischen* Handlungen stand.

Worin bestand diese Beziehung?

Das eigenthümliche Wesen der Form bei der legis actio läßt sich mit *einem* Wort wiedergeben: eine eigenthümliche *Citirmethode des Gesetzes*. Jede Legis Actio citirte das Gesetz, welches sie zur Anwendung zu bringen beabsichtigte, aber nicht in der modernen Form einer bloßen Verweisung auf den Artikel des Gesetzbuchs oder der breiteren Weise der Anführung der betreffenden Worte, sondern in einer mehr innerlichen, pla-

Digitized by Google

stischeren Gestalt.[874]) Die Formel selbst war das Citat, sie verwies auf das Gesetz, ohne es zu nennen, sie verwies darauf durch sich selbst, durch ihre Fassung, sie war, so zu sagen, die prozessualische Incarnation des Gesetzes, das Gesetz selbst, welches concrete Gestalt und Leben angenommen hatte und gegen den Übertreter ins Feld rückte (gewissermaßen eine actio legis im subjectivgenitivischen Sinn).

Kehren wir jetzt zu der obigen Frage zurück: warum citirte man das Gesetz nur bei der Klage, nicht auch beim Rechtsgeschäft? so kann die Antwort darauf nicht schwer fallen. Allerdings bildet das Gesetz für beide die gleichmäßige Grundlage, allein die Veranlassung, diese Grundlage in Bezug zu nehmen, war

874) Dieselbe wiederholt sich bis zu einem gewissen Grade auch im englischen Prozeß, der demnach Legisactionen im römischen Sinn kennt (über den Geist, in dem sie auch hier gehandhabt werden, s. Note 893). Ich entnehme aus Gundermann, Englisches Privatrecht I, S. 31 folgende instructive Stelle von Bracton: Et sunt quaedam brevia formata super certis casibus de cursu et communi consilio totius regni concessa et approbata, quae quidem nullatenus mutari poterint absque consensu et voluntate eorum .. Tot erunt formulae brevium quot sunt genera actionum et non potest quis sine brevi agere, cum non teneatur alius sine brevi respondere. Nach de Lolme, Verfassung von England (Übers. Altona 1819 S. 122) würde sogar früherhin in England ein ähnliches Depot für die Klagformeln bestanden haben, wie einst in Rom bei dem Pontificalcollegium: „Diese kostbaren Writs endlich, die Briefs [Auszüge, brevia], wie sie auch vorzugsweise genannt werden, die in Form und Richtung genau bestimmten Klagen, das Elixir und die Quintessenz des Rechts sind der besonderen Sorge eigens dazu angestellter Beamten übergeben worden, deren Ämter von den besonderen Gefäßen den Namen erhalten, die sie zur Aufbewahrung des ihnen anvertrauten Pfandes gebrauchen. Das eine heißt nämlich das Hanaper- (Janaperium = Korb), das andere das Schmal (Petty) -Bag Amt (parva baga = kleiner Sack, Beutel). Hier werden die Writs aufbewahrt, welche des Königs, dort die, welche der Unterthanen Interessen betreffen." Heutzutage geändert: Gneist, Das heut. engl. Verfassungs- und Verwaltungsrecht B. 1 S. 522, der auch im Übrigen etwas abweicht. Auch im französischen Strafprozeß muß die Frage mit den Worten des Gesetzes gefaßt werden. Glaser in der Note 866b citirten Schrift S. 36, 38.

Digitized by Google

bei beiden nicht dieselbe. Welchen Sinn hätte es bei der Bestimmung eines Contracts oder Testaments gehabt, auf den Paragraphen des Gesetzes zu verweisen? Gar keinen, wenn dieselbe nicht Gegenstand eines Rechtsstreites ward; im entgegengesetzten Fall war es immer noch früh genug, es vor dem Richter zu thun. Im Prozeß, wo es sich um die endgültige Feststellung des Rechtsverhältnisses, die schließliche Auseinandersetzung mit dem Gesetz handelt, wird heutzutage sowohl in Parteischriften als in richterlichen Erlassen das Gesetz citirt — wer wird es in einem Testament oder einem Vertrage thun? Kurz das Citat des Gesetzes ist für den Prozeß ebenso sachgemäß wie für das Rechtsgeschäft zwecklos.

Manche Rechte haben nun diese Sitte geradezu zum Gesetz erhoben; so das altrömische Recht rücksichtlich der Civilklage; ebenso das neuere römische Kriminalrecht der leges judiciorum publicorum, [874a]) und manche neuere Strafprozeßordnungen rücksichtlich der Anklageakte und des Urtheils. Das Citat ist damit zu einem formellen Requisit des betreffenden prozessualischen Akts erklärt. Scheinbar eine äußerliche Bestimmung von geringem Belang, ist dieselbe, wie ich unten nachzuweisen hoffe, in Wirklichkeit eine Maßregel von äußerster Tragweite.

Der Zweck derselben ist offenbar der, den Richter streng an die Richtschnur des Gesetzes zu binden. Dies liegt zwar schon an sich in dem Begriff des Gesetzes, allein es läßt sich nicht läugnen, daß jene Maßregel die Erreichung dieses Zwecks im hohen Maße fördert, daß sie den Richter, wie einerseits zur Klarheit, so andererseits bis zu einem gewissen Grade mechanisch zur Unparteilichkeit zwingt. Wie aber, wenn das Gesetz Lücken darbietet? Die Consequenz der Einrichtung bringt es mit sich, daß der Richter dann seine Hülfe versagen muß, und wir werden unten sehen, daß

874a) A. W. Zumpt, Der Kriminalprozeß der römischen Republik, Leipzig 1871. S. 115.

Digitized by Google

das ältere römische Recht (ähnlich wie das altenglische, Note 874) den Muth gehabt hat, sich diese Consequenz gefallen zu lassen.

Im altrömischen Prozeß stützte sich zwar die Einrichtung auf eine gesetzliche Vorschrift. Dies schließt jedoch die Annahme nicht aus, daß sie darauf berechnet war, dem obigen Zweck zu dienen. Indem die Jurisprudenz mittelst der legis actio die Berufung auf das Gesetz zum formellen Requisit der Klage erhob, gehorchte sie nur dem Zuge, der die ganze Zeit beherrschte und die XII Tafeln ins Leben gerufen hatte,[875] sie vervollständigte und befestigte nur, was die XII Tafeln begonnen hatten.[876]

Haben damit wir das Richtige getroffen, so ergibt sich daraus von selbst, daß dies Requisit sich auf alle und jede Klagen erstreckte, sich also nicht auf die von Gajus genannten fünf Grundformen des alten Verfahrens (modi, quibus lege agebatur) beschränkte, m. a. W. daß die rechtliche Verfolgbarkeit eines Anspruches die Anerkennung desselben im Gesetz zur Voraussetzung hatte. Wenn also Gajus von der legis actio sacramento bemerkt,[877] sie sei eine generelle Klage gewesen, deren man sich überall habe bedienen können, wo nicht das Gegentheil bestimmt gewesen sei, so ist diese Bemerkung nur auf die Form des Verfahrens zu beziehen. Als bloße prozessualische Einkleidungsform setzte sie in jedem einzelnen Fall einen vom Gesetz anerkannten materiellen Anspruch voraus. Das ganze System der Legisactionen löste sich von jenen fünf Grundformen des Verfahrens abgesehen in eine Anzahl einzelner vom Gesetz gewährter Klagen, specieller Legisactionen auf, die, so zu sagen, dem Richter zum Vertrieb übergeben waren. Darüber hinaus hörte seine Macht auf, — er führte nicht den Artikel: Rechtsschutz im all-

875) L. 2 § 4 de O. J. (1. 2) verglichen mit § 3 ibid.: incerto magis jure et consuetudine, quam per legem latam — postea ne diutius hoc fieret . . . et civitas fundaretur legibus.

876) L. 2 § 6 ibid. quas actiones, ne populus prout vellet instituteret, certas solennesque esse voluerunt.

877) Gaj. IV, 13.

Digitized by Google

gemeinen, sondern nur ein begränztes Sortiment von einzelnen Species. Wer eine andere Klage hätte anstellen oder begehren wollen, den würde er ebenso abgewiesen haben, wie ein Kaufmann, bei dem ein Artikel begehrt wird, den er nicht führt. Nulla actio sine lege!

Verhielt es sich in dieser Weise, so kann die Zahl der Legis-Actionen keine unbeträchtliche gewesen sein, und dieser Schluß und damit die Richtigkeit des so eben Behaupteten wird durch alle Nachrichten in übereinstimmender Weise bestätigt. Wie wären Sammlungen, wie die oben S. 600 genannten, möglich gewesen, wenn die Formeln sich auf die fünf Legis-Actionen des Gajus beschränkt hätten? Wie verträge sich damit die Nachricht (S. 393), daß das Depot derselben beim Pontificalcollegium, und eben dadurch das Volk von letzterem in Abhängigkeit gewesen? oder, was Cicero berichtet:[878]) daß diese Formeln interessante Einblicke in Leben und Weise der Vorzeit gewährt hätten? oder die von Gajus dem alten Verfahren zur Last gelegte hohe Gefährlichkeit? Die wenigen Formeln der fünf Legis-Actionen des Gajus schlossen in dem Maße weder die Möglichkeit des einen noch die des andern in sich.

Die Zahl der Legis-Actionen war eine eben so große als die der Gesetze oder richtiger der einzelnen Artikel des Gesetzes, welche einen selbständigen Rechtsanspruch gewährten.[879]) Jedem Satz der XII Tafeln, der sich dazu eignete, entsprach eine eigene legis actio, zur vollständigen Bearbeitung des Gesetzes gehörte daher neben der Interpretation auch noch die Angabe der Klagformeln, wie denn z. B. die älteste juristische Schrift, von der wir Kunde haben, der Zwölftafeln-Kommentar des Aelius, wirklich in dieser Weise angelegt war.[880])

---

878) Cic. de orat. I, 43.

879) L. 2 § 6 de O. J. (1. 2) ex his legibus .. actiones compositae sunt.

880) Die Tripartita des Aelius (L. 2 § 30 de O. J.); man hat aus ihr

Digitized by Google

Es war im bisherigen ausschließlich von der Erhebung der Klage die Rede. Daß auch das fernere Verfahren, das sich an die Klagerhebung anschloß, neben dem Raum, den es nothwendigerweise der freien Verhandlung gewähren mußte (S. 585), verschiedentlich zum Gebrauch von Formeln führte, z. B. bei der Bestellung des Richters, des Vindex, Vas, beim Richterspruch (Note 821) u. s. w., wird schwerlich bezweifelt werden. Dagegen öffnete sich für die legis actio noch ein anderes Gebiet außerhalb des Prozesses. Ich meine nicht sowohl die freiwillige Gerichtsbarkeit (in jure cessio), denn bei ihr handelte es sich nur um eine andere Anwendung prozessualischer Formeln, sondern die solennen, außergerichtlichen Handlungen, welche das gerichtliche Verfahren theils ergänzten, vorbereiteten und begleiteten, theils völlig ersetzten.

Über das wahre Verhältniß derselben hat das Mißverständniß der in der Note mitgetheilten Stelle von Gajus[881]) manche Rechtshistoriker getäuscht. Aus dieser Stelle geht zunächst soviel hervor, daß die Vornahme vor Gericht nicht zum Begriff der legis actio gehörte. Zwar gab es unter den römischen Juristen eine Minderzahl, welche (vielleicht verleitet durch die Bedeutung

---

seltsamer Weise ein Werk in drei Büchern gemacht, in deren erstem der Verfasser die ganzen XII Tafeln abgeschrieben hätte, so z. B. Leist, Versuch einer Geschichte der römischen Rechtssysteme S. 10, „drei Bücher". Tripartitum heißt aber hier nicht dreitheilig, sondern dreischichtig, drei Bestandtheile umfassend wie in § 4 I de jure nat. (1. 2), d. h. jedem einzelnen Artikel des Gesetzes wird die interpretatio und legis actio angeschlossen. Die drei Bestandtheile sind in L. 2 § 6 ibid. (tria haec jura) genannt. — Das Richtige hat Rudorff Röm. Rechtsgeschichte B. 1 S. 158.

881) Gaj. IV, 29. Ex omnibus autem istis causis certis verbis pignus capiebatur et ob id plerisque placebat, hanc quoque actionem legis actionem esse, quibusdam autem non placebat, primum quod pignoris capio extra jus peragebatur i. e. non apud Praetorem, plerumque etiam absente adversario, cum alioquin ceteris actionibus non aliter uti possent quam apud Praetorem praesente adversario, praeterea nefasto quoque die i. e. quo non licebat lege agere, pignus capi poterat.

Digitized by Google

des Ausdrucks actio im spätern Prozeß) dieses Moment für wesentlich und demgemäß die pignoris capio für keine legis actio erklärte, allein die entgegengesetzte Meinung war die herrschende.[881a]) Im Geist dieser letzteren würde die Definition einer legis actio lauten: eine vom Gesetz anerkannte (1) und mit den Worten desselben vollzogene (2) Handlung zum Zweck der Rechtsverfolgung (3). Unter diesen Begriff aber fallen außer der pign. capio, wie unten gezeigt werden soll, noch manche andere Handlungen.

Wenn nun Gajus die pign. capio zu den vier vorher von ihm behandelten Legis-Actionen dadurch in Gegensatz stellt, daß man sich ihrer auch außer Gericht, der letzteren nur vor Gericht bedienen könne, so hat man diese Äußerung in der Weise mißverstanden, als ob bei diesen alle Handlungen vor Gericht gespielt hätten.

Ich nehme keinen Anstand, diese Ansicht, so allgemein verbreitet sie auch ist, für entschieden falsch zu erklären. Die manus injectio und der ihr entgegentretende Widerstand (das manum sibi depellere), die in jus vocatio und der spätere Scheinkampf bei der Vindication unbeweglicher Sachen fanden beispielsweise zweifellos außerhalb der Gerichtsstätte Statt, und so gab es gewiß noch manche andere außergerichtliche Akte. Gajus hätte die gröbste Unwahrheit behauptet, wenn er die Regel (IV 29), daß alle »legis actiones« mit Ausnahme der pign. capio vor Gericht spielten, auf die einzelnen prozessualischen Handlungen hätte beziehen wollen, sie bezog sich lediglich auf die Grundformen des Verfahrens (modi, quibus lege agebatur, Gaj. IV 12). Bei vier derselben gelangte der Rechtsanspruch, wenn auch vorbereitende außergerichtliche Handlungen (in jus vocatio, manus injectio, condictio s. u.) seiner Erhebung vorausgingen, vor Ge-

881a) Daß beide Ansichten etwas für sich hatten, darüber s. meine in der zweiten Auflage des ersten Bandes neu hinzugekommenen Ausführungen über die pign. capio, B. 1 S. 158 fl. daselbst.

Digitized by Google

richt. Die pign. capio dagegen brachte den Anspruch nicht vor Gericht, und dieser Umstand, nicht der, daß hier ein einzelner Akt außergerichtlich vorgenommen ward, begründete ihre Abweichung von den übrigen vier Prozeßarten. Wie konnte man sie zu den Prozeßarten rechnen, wenn sie nichts war als ein Akt außergerichtlicher Selbsthülfe? Mit demselben Recht, möchte man sagen, hätte man auch die Tödtung des nächtlichen Diebes hierher rechnen können, da auch sie ein »lege agere« (Note 872 a. E.) enthielt. Die Antwort darauf habe ich schon an früherer Stelle (B. 1 § 11c) gegeben. Die pign. cap. konnte zu einem Prozeß führen, wenn nämlich der Gepfändete sich nicht bei der Pfändung beruhigte, dann entspann sich ein eigenthümliches auf die Impugnation und Justification dieses Aktes berechnetes Verfahren, und dieses Verfahren, nicht den Akt, der zu demselben Anlaß gab, hatten diejenigen Juristen im Auge, welche die leg. act. per pig. cap. zu den Prozeßarten zählten, während die Vertheidiger der entgegengesetzten Ansicht für sich den Umstand in die Wagschale warfen, nicht daß jener Akt ein außergerichtlicher war, sondern daß die ganze Angelegenheit einen außergerichtlichen Verlauf nehmen konnte, wenn nämlich der Gepfändete sich bei der Pfändung beruhigte und die Sache einlöste.

Das Resultat, zu dem ich gelange, besteht darin, daß das für den Legisactionenprozeß betonte Erforderniß: apud praetorem praesente adversario (Gaj. IV 29) sich nur auf die Anhängigmachung des Prozesses bezog, nicht aber auf alle einzelnen Akte, die demselben vorangingen oder ihn begleiteten. Auch der französische Prozeß erfordert außergerichtliche Verhandlungen, aber wer würde darum Anstand nehmen, ihn ein gerichtliches Verfahren zu nennen? Ob die außergerichtlichen Akte im Legisactionenprozeß »legis actiones« genannt worden sind, soll uns vorläufig nicht kümmern, es genügt uns zunächst zu constatiren einmal: daß sie in der That vorkamen, und zweitens: daß sie die oben angegebenen wesentlichen Kriterien des Begriffs der legis actio theilten, d. h. daß der Grundsatz der Correspondenz zwischen

Digitized by Google

der Formel und dem Gesetz auch bei ihnen zur Anwendung gelangte.

Derartiger außergerichtlicher Akte gab es drei Klassen; sie griffen Platz: 1) anstatt des Prozesses, 2) beim Beginn und 3) im Lauf des Prozesses.

Zu der ersten Kategorie gehörte die so eben erörterte pign. cap., sofern sie nicht zu einem weiteren Verfahren führte.

Zu der zweiten zähle ich 1) die in jus vocatio, 2) die an sie im Fall des Widerstandes des Gegners sich anschließende manus injectio gegen denselben und 3) die condictio bei der legis actio per condictionem.

Daß der erstere Akt ein außergerichtlicher war, ist bekannt; daß er mit den Worten des Gesetzes erfolgte, zeigt seine Formel, denn die Worte des XII Tafeln-Gesetzes lauteten: si in jus vocat,[882]) die Formel: in jus te voco.[883]) In dem Gesetz schloß sich daran der Passus: ni it, antestator, der Ausdruck wiederholte sich in der an den Zeugen gerichteten Frage: licet antestari?

Wenn der Gegner sich weigerte zu folgen, so verhängte das Gesetz die manus injectio: Si calvitur pedemve struit, manum endo jacito; die letzten Worte kehren in der Formel dieses Akts wieder: manum injicio.[884]) Dieser letztere

---

882) Die Zeugnisse für dieses und die folgenden Beispiele bei Dirksen Übersicht u. s. w. der Zwölftafel-Fragmente. Tafel I.

883) Plautus Poen. V. 6, 6: Leno» in jus te voco«. Für die in jus vocatio kommen bei den Dichtern noch verschiedene Formeln vor: z. B. ambula in jus, eamus in jus u. a. s. bei Briss. V, 1. Seltsamer Weise hält dieser Schriftsteller diese Formeln für die ächten, dagegen die bei Plautus für unächt. Wenn von Bethmann-Hollweg, Röm. Civilprozeß I S. 105 den Beweis für die obige Behauptung vermißt, so fehlt es mir allerdings dafür an einem Beweise, daß die in jus vocatio »legis actio« genannt sei, dagegen stimmt die obige Formel bei Plautus wörtlich mit dem Gesetz überein.

884) So bei Gaj. IV, 24. Die Lesart manus (durch Studemund's Vergleichung bestätigt) injicio in § 21 daselbst ist unrichtig, es ist immer

Digitized by Google

Akt kam außerdem noch in verschiedenen Anwendungen vor (B. 1 S. 151 fl.), insbesondere zum Zweck der Execution,[885]) und der Umstand, daß das Gesetz ihn bei der letzteren Gelegenheit noch besonders erwähnt und zwar als »manus injectio«, der das Erscheinen vor Gericht zu folgen habe, ist für die Frage, die uns hier beschäftigt, ungemein wichtig. Ein neuerer Schriftsteller[886]) nämlich ist in dem Bestreben, die vermeintliche Autorität des Gajus in der oben (S. 639) angegebenen mißverständlichen Weise aufrecht zu erhalten, so weit gegangen, daß er sich nicht gescheut hat, darauf hin der manus injectio den Charakter einer außergerichtlichen Handlung abzusprechen und namentlich mich wegen der B. 1 S. 152 aufgestellten entgegengesetzten Behauptung hart anzulassen. Ihm zufolge[887]) soll die manus injectio schlechterdings nur vor Gericht vorgenommen werden können. Allein wie, wenn der Schuldige nicht folgen will? Hier bleibt doch in der That nichts anderes übrig als Gewalt zu gebrauchen, und das Gesetz setzt dem kein Hinderniß in den Weg, im Gegentheil es verstattet ausdrücklich das »manum injicere«. Allein dieser Akt, lautet der Einwand, ist keine „wahre, eigentliche" legis actio, denn diese muß einmal nach Gajus vor Gericht vollzogen werden. Aber in dem (Note 885 citirten) Satz der XII Tafeln wird doch die »manus injectio« vor dem »in jus ducito« erwähnt, sie muß also im Sinn des Gesetzes eine »manus injectio« sein, und ich meine, wenn über eine Frage aus den XII Tafeln zwischen letzteren und Gajus wirklich ein Widerspruch obwalten sollte, so müßten sie doch wohl vorgehen. Für diese als „uneigentlich" beseitigte manus injectio der Decem-

---

nur die rechte Hand, welche die rechtlichen Handlungen vollzieht, nicht beide.

885) Taf. III. post deinde manus injectio esto; in jus ducito, ni judicatum facit aut quis endo eo jure vindicit, secum ducito.

886) A. Schmidt in der Note 872 citirten Schrift.

887) Er nimmt dabei Bezug auf eine frühere Abhandlung von sich in der Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft XIV S. 21 u. fl.

Digitized by Google

virn taucht die „eigentliche“ unseres Autors an einer Stelle wieder auf, an der sie schwerlich Jemand suchen würde. „Sie liegt, sagt er, in dem folgenden (den Worten von in jus ducito ... secum ducito), ohne daß sie mit diesem Namen ausdrücklich hier bezeichnet wird.“ Also: eine legis actio, d. h. nach Gajus eine »actio ipsarum legum verbis accommodata« ohne verba legis, ja ohne die leiseste Andeutung derselben im Gesetz, und umgekehrt verba legis, ja die Bezeichnung des Akts als manus injectio, aber keine legis actio![888])

Die bisherige Untersuchung hat uns den Weg gebahnt, um eine höchst glückliche Idee Keller's gegen die Anfechtung desselben Schriftstellers in Schutz zu nehmen.[889]) Keller hat nämlich die Ansicht aufgestellt, daß bei der legis actio per condictionem die Ankündigung (condictio) des Klägers an den Beklagten, sich nach dreißig Tagen vor Gericht zur Annahme eines Richters einzufinden, ein außergerichtlicher Akt gewesen sei. Im Sacramentsprozeß kam es seit der lex Pinaria nicht schon im ersten Termin zur Bestellung des Judicium, derselbe schloß vielmehr mit der Aufforderung, sich nach dreißig Tagen zu dem letzten Zweck wieder zu stellen. Die Einführung der genannten Legisactio überhob die Parteien dieses ersten lästigen Erscheinens vor Gericht, indem sie eine außergerichtliche Denuntiation an dessen Stelle setzte,[890]) und man braucht sich bloß den Fall zu denken,

---

888) S. außer dem Zeugniß der XII Tafeln noch Servius ad Virg. Aen. X, 419: manus injectio dicitur, quotiens nulla judicis auctoritate exspectata rem nobis debitam vindicamus.

889) Keller, Der römische Civilprozeß § 18. Schmidt p. 2 der citirten Schrift. Gegen die Keller'sche Ansicht haben sich seitdem noch erklärt Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 152, Demelius, Kritische Zeitschrift VIII S. 508 fl., Huschke, Die Multa und das Sacramentum, S. 490 Note 379; der entscheidenden Frage, ob das Requisit der Gerichtlichkeit des Verfahrens sich auf alle einzelnen Akte des Prozesses erstreckt habe und habe erstrecken können, sind sie alle aus dem Wege gegangen — auf diese Weise ist es allerdings leicht, die Ansichten von Keller und mir zu widerlegen.

890) Also eine ähnliche Erleichterung, wie sie später bei dem Holen der

Digitized by Google

daß die Parteien einige Tagereisen von Rom entfernt wohnten, um sich von dem praktischen Werth dieser Neuerung zu überzeugen. Nach Schmidt hätten dieselben eine Reise nach Rom unternehmen müssen lediglich zu dem Zweck der Vornahme der Denuntiation vor Gericht, um nach Aussprechen der wenigen Worte den Rückmarsch anzutreten und sodann nach Ablauf der dreißig Tage sich zur wirklichen Verhandlung der Sache von neuem einzufinden! Nach Keller konnten sie ruhig zu Hause bleiben und sich mit einer außergerichtlichen condictio begnügen.

Durfte Gajus das Verfahren, das in dieser Weise eingeleitet ward, als ein gerichtliches bezeichnen? Ich meine, mit demselben Recht wie, um von der streitigen pign. cap. abzusehen, das Verfahren bei der legis actio sacramento und per manus injectionem. Auch diese beiden Prozeßarten begannen mit einem außergerichtlichen Akt, jene mit der in jus vocatio, diese mit der außergerichtlichen manus injectio.

Daß selbst der Lauf des Prozesses außergerichtliche Handlungen nicht ausschloß, dafür liefert das manum conserere in seiner spätern Gestalt (S. 574) den Beweis. Auch hier wiederholt sich die Correspondenz zwischen den Worten des Gesetzes und denen der Formel. Jene lauteten: si qui in jure manum conserunt, diese mit Beibehaltung derselben Reihenfolge der Worte: in jure manum[891]) consertum te voco. Als der Akt ein außergerichtlicher ward, veränderte man das in jure in ex jure (Note 783).

Ob nun diese außergerichtlichen Handlungen legis actiones genannt sind, daran, gestehe ich gern, liegt mir nichts. Der

---

Vindicien eintrat. Der Einwand von Schmidt, daß Gaj. IV, 18 bei »ut adesset« nicht »in jure« hinzufüge, erledigt sich durch die Bemerkung, erstens, daß Gajus hier nicht die Formel der condictio mittheilt, und zweitens, daß ein vernünftiger Mensch sich »ad judicium capiendum« schwerlich irgendwo anders einfinden konnte als vor dem Prätor.

891) Manu consertum bei Cic. pro Mur. c. 12 ist als Verstoß gegen das Princip der legis actio falsch.

Digitized by Google

Sache nach waren sie es, d. h. auch sie waren rechtsverfolgende Handlungen und waren den Worten des Gesetzes nachgebildet, und für zwei: die pign. capio und manus injectio steht auch der Name außer Zweifel. Da letzterer sich, wie oben nachgewiesen, nicht auf die fünf Grundformen beschränkte, sondern auch für die einzelnen speciellen Klagen gebraucht ward, so glaube ich allerdings, daß er nicht minder auch auf die einzelnen solennen Akte des alten Verfahrens angewandt worden ist, mochten sie vor oder außer Gericht vorgenommen werden.[892])

Die strenge Durchführung des Grundsatzes: Nulla actio sine lege setzte der Rechtshülfe in alter Zeit enge Gränzen, und es kann uns nicht Wunder nehmen, daß der Geist der spätern Zeit, die Entwicklung des Verkehrs und die Verfeinerung des Rechtsgefühls sich gegen die Beibehaltung einer Einrichtung sträubte, welche das wirkliche Recht in manchen Fällen schutzlos ließ und den Magistrat zur Rolle eines willen- und machtlosen Stückes einer unlenkbaren Prozeßmaschinerie verdammte. Nicht aber dieser, von allen Theilen des Formalismus lediglich den Legisactionenprozeß treffende Vorwurf der Unabänderlichkeit, Starrheit, Enge soll es gewesen sein, der nach Gajus seinen Untergang bewirkt hat, sondern eine Eigenschaft, die er mit allen übrigen Ausflüssen des Formalismus theilte, und die in der modernen Form des Prozesses, dem Formularprozeß, dieselbe Geltung behauptete, wie in ihm, nämlich die strenge Handhabung der Form.[892a]) Die Glaubwürdigkeit dieses Berichts ist meines

---

892) Varro de L. L. VI, 30 necesse enim aliquo eorum uti verbo, (do, dico, addico), cum lege quid peragitur dürfte schwerlich ins Gewicht fallen; s. dagegen Gaj. IV, 29; eher für die obige Ansicht, daß Valerius Probus de notis § 4 unter der Überschrift: »in legis actionibus haec« Sigeln für einzelne prozessualische Handlungen z. B. das ex jure manum consertum vocare anführt.

892a) Gaj. IV, 30. Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt, namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc jura

Digitized by Google

Wissens bisher nicht angefochten, ich meinerseits aber kann meine Bedenken dagegen nicht unterdrücken; es will mir scheinen, als ob das Urtheil des Gajus weniger vom Standpunkt der alten als der spätern Zeit aus gefällt worden sei.

Es ist in dem Begriff der Form mit Nothwendigkeit gelegen, daß die geringste Abweichung von der Form einen Formfehler und damit Nichtigkeit begründet (S. 473). Das gilt heutzutage nicht minder als im alten Rom. Was dort z. B. die Vertauschung des Wortes: arboribus mit vitibus, würde heutzutage bei Ausstellung eines Wechsels die des Wortes: „Wechsel" oder bei Ableistung eines Eides die der Worte: „ich gelobe und schwöre", mit andern Ausdrücken bewirken. Was Gajus der legis actio zur Last legt: »ut qui vel minimum errasset, litem perderet« paßt mutatis mutandis auf jedes formelle Geschäft — der Formalismus kennt keinen Unterschied zwischen sehr geringen, geringen und groben Fehlern. Gehen wir aber davon aus, daß die legis actio ihrer Bestimmung nach in einem eigenthümlichen rechtlich nothwendigen Citiren der Gesetzesworte bestand, so werden wir auch das Verlangen der diplomatischen Genauigkeit des Citats (d. h. also die wörtliche Wiedergabe der Formel) durchaus nicht für eine übertriebene Strenge halten können. Wir machen heutzutage an Jemanden, der uns einen Satz aus einem Gesetz citirt, ganz dieselbe Anforderung![893])

---

condiderunt, eo res perducta est, ut qui vel minimum errasset, litem perderet.

893) Für diejenigen, die geneigt sein möchten, diese Strenge für etwas specifisch Römisches zu halten, will ich ein Beispiel aus dem englischen Recht anführen, das dem von Gajus IV, 11 ebenbürtig zur Seite steht, wenn nicht gar dasselbe noch übertrifft. Eine Parlamentsakte verbietet das Schenken geistiger Getränke am »Lordsday« (Sonntag). Ein Contravenient ward noch vor einigen Jahren bloß aus dem Grunde frei gesprochen, weil das Denunciations- oder Anklagelibell ihn beschuldigt hatte, am »Sunday« (ebenfalls Sonntag) geschenkt zu haben — die Klage stimmte nicht mit der lex! Nach einer alten Parlamentsakte sollen sogar orthographische Fehler Nichtigkeit des Urtheils zur Folge gehabt haben. Noch ungleich drastischere

Digitized by Google

Und daß das Versehen den Verlust des Prozesses zur Folge hatte, wird uns ebenfalls nicht frappiren können. Bei einem Rechtsgeschäft öffnet sich im Fall eines Versehens der Ausweg einer abermaligen fehlerfreien Vornahme desselben, und bei den bloß vorbereitenden außergerichtlichen Legisactionen z. B. der in jus vocatio mag derselbe vielleicht auch in Rom offen gestanden haben. Daß er bei dem Akt, welcher die Grundlage des ganzen Verfahrens bildete: der materiellen legis actio des Klägers ausgeschlossen war, wird uns nicht Wunder nehmen dürfen, die Natur des Prozesses bringt dies mit sich. Eine Partei, die im heutigen Prozeß ein in verkehrter Weise abgefaßtes Beweisinterlokut hat rechtskräftig werden lassen, kann eben so gut wie im alten Rom wegen eines einzigen Wörtchens den Prozeß verlieren — die gefährliche Kraft des Wortes ist geblieben, sie hat sich nur auf einen andern prozessualischen Akt geworfen (s. u.).

Die »nimia subtilitas« der alten Juristen, die nach Gajus das alte Verfahren verhaßt gemacht und gestürzt haben soll, kann dies also in der That nicht bewirkt haben. Zu geschweigen, daß

Probestücke dieser »nimia subtilitas« liefert der altgermanische und altfranzösische Prozeß, wofür ich auf die oben Note 654 citirten Schriften von Siegel und Brunner Bezug nehme, s. z. B. in der ersteren Schrift S. 12: „Ein Stottern und Stammeln, wobei Sylben verschluckt wurden, und dann wieder in polternder Rede Worte sich überstürzten, ein Zittern und Beben der Stimme oder gedämpfter hohler Klang derselben, ja sogar eine Unterbrechung durch Räuspern und Husten, kurz was nur Einer dem Andern ablauschte, machte die Erklärung nichtig.“ S. 27 (eine unwillkürliche Bewegung, ein unbedachter Tritt oder bloßer Schritt benahm die Möglichkeit, das Urtheil zu schelten). S. 30 (wer beim Eide die Hand höher als üblich hielt oder den Daumen nicht fest in die Hand schloß, hatte verloren). S. 44 (verkehrtes Aussprechen des Diphthonges eu als ay), s. insbesondere das Urtheil des Verfassers über diese Förmlichkeiten: „Es war, als ob sie eigens ausgedacht worden wären, um den Mann, der vor Gericht handelte, sicher zu Fall zu bringen, so spitzfindig und ränkevoll war ihre Anlage, so schwierig ihre Ausführung.“ Die zweitgenannte Schrift steht an lehrreichen Beispielen hinter der erstgenannten nicht zurück, nur der Raum hält mich ab, auch aus ihr Proben beizufügen.

Digitized by Google

dieselbe sich im materiellen Recht nach wie vor in ungeschwächter Kraft behauptete und zwar in einzelnen Theilen, z. B. im Testament in einer Zuspitzung, die hinter dem alten Prozeß um nichts zurückblieb, so tauchte dieselbe ja auch im Prozeß sofort in anderer Form wieder auf. Das formalistische Element des Formularprozesses steht hinter dem des ältern Verfahrens in keiner Weise zurück, weder in extensiver, noch intensiver Hinsicht. Hier wie dort Formeln für jede Klage, hier wie dort als unausbleibliche Folge des kleinsten Formfehlers der Verlust des ganzen Prozesses. Und sodann: wenn einmal ein solcher Umschwung in der Volksansicht eingetreten, wie Gajus ihn supponirt, warum ließ man das bisherige Verfahren beim Centumviralgerichtshof in alter Weise bestehen?

Was ich zugebe, ist: das alte Verfahren war gefährlicher als das neue, und der Übergang von dem einen zum andern bezweckte und bezeichnete eine Verminderung der Gefährlichkeit. Aber die Erleichterung lag nicht darin, worein man sie nach dem Bericht des Gajus zu setzen geneigt sein könnte: in einer Abschwächung der Strenge des Formalismus, sondern in einer andern Gestaltung desselben. An die Stelle des Sprechens trat das Schreiben, an die der Partei der Prätor — zwei Veränderungen, auf deren vortheilhaften Einfluß bereits S. 482 hingewiesen ist. Dazu gesellte sich als drittes Moment noch folgendes hinzu. Der gefährlichste Akt des ganzen Prozesses: die unabänderliche Formulirung des Anspruches ward von dem Anfang des Prozesses auf einen späteren Zeitpunkt verlegt. Während der alte Prozeß mit der Formel begann, ward sie im Formularprozeß erst concipirt, nachdem durch erschöpfende Verhandlung der Streitpunkt ins rechte Licht getreten, und dadurch die Gefahr eines Mißgriffs in der Formel ferner gerückt war. Diese Veränderung setzt das Maß des Gefährlichen ungefähr auf denselben Punkt herab, den es in dem Beweisinterlokut unseres heutigen Prozesses einnimmt.

Ward nun der Untergang des alten Prozesses lediglich durch

Digitized by Google

die angegebene Rücksicht herbeigeführt? Der alte Prozeß litt außer an dem so eben auf sein richtiges Maß zurückgeführten Vorwurf der Gefährlichkeit noch an einem andern Gebrechen, das wenn auch von den Römern selbst mit keiner Silbe erwähnt, doch von der Geschichte in unzweifelhafter Weise documentirt ist.[895a])

Es steht unter allen Kundigen fest, daß mit dem Formularprozeß eine neue Ära für das römische Recht beginnt, nicht etwa bloß für den Prozeß, sondern auch für das materielle Recht. Erst mit diesem Zeitpunkt fängt jene Rechtsquelle an zu fließen, die für das ganze Recht eine Quelle neuen Lebens werden sollte — das prätorische Edict.[896]) Es ist nicht Zufall, daß dies erst jetzt geschah; das Legisactionen-System und das Edict waren unverträglich mit einander. Im alten Prozeß waren dem Prätor die Hände gebunden, er war nichts als ein Stück der Maschine[897]) — er in ihrer Gewalt, sie nicht in der seinigen; erst das Formularverfahren gewährte ihm jene Freiheit der Bewegung, welche die wesentliche Bedingung seiner rechtsbildnerischen Thätigkeit bildete. Nicht viel anders verhält es sich mit der Jurisprudenz und dem Gewohnheitsrecht; auch sie waren durch den alten Prozeß in enge Gränzen gebracht. Diesen beengenden und

---

895a) Hartmann, Ordo Judiciorum B. 1 S. 20—22 hebt außer dem folgenden Gesichtspunkt noch einen wichtigen Vortheil hervor, der sich an die Einführung des Formularprozesses knüpfte. Letzterer, bei dem die maßgebende Thätigkeit des Prätors nicht sowohl im Sprechen (der solennen Worte: do dico addico), als im Schreiben (der Formelworte) bestand, war eben darum nicht an die für das »fari« bestimmte religiöse Ordnung der dies fasti und nefasti geknüpft, „die Rechtspflege befreite sich damit von dem Hemmschuh, der ihr durch das letztere System angelegt war."

896) Gaj. IV, 11: quippe tunc edicta Praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur.

897) Cic. pro Mur. c. 12: Praetor interea, ne pulchrum se ac beatum putaret atque aliquid ipse sua sponte loqueretur, ei quoque carmen compositum est.

Digitized by Google

lähmenden Einfluß des alten Systems nachzuweisen, ist Gegenstand der folgenden Darstellung.

Worauf beruhte er? Nicht bloß auf dem rein prozessualischen Element des alten Verfahrens. Wäre das Princip der Legisactio ein rein prozessualisches gewesen, hätte die Gebundenheit und Unfreiheit sich lediglich in dem Gang und den Formen des Verfahrens geäußert, das materielle Recht würde dadurch in seiner Entwickelung nicht in erheblicher Weise beeinträchtigt worden sein. Die durch den Formularprozeß ermöglichte Elasticität des *Verfahrens* kann mithin nicht die alleinige Ursache des Umschwunges gewesen sein. Der drückendste Übelstand des alten Prozesses lag darin, daß das Princip der Legisactio zugleich ein *materielles* war, d. h. daß, wie oben nachgewiesen, jeder materielle Anspruch, um gerichtlich verfolgbar zu sein, im Gesetz anerkannt sein mußte, daß eine Klage nur auf Grund eines *Gesetzes* möglich war. Damit war die Gesetzgebung principiell für die *ausschließliche Quelle aller Klagen* erklärt.

Untersuchen wir, was dies heißen will. Ich habe nicht gesagt, die ausschließliche Quelle des gesammten materiellen *Rechts*, sondern der *Klagen*. Alle Rechtssätze des Privatrechts gravitiren stets und überall um die *Klage*, allein die Entfernung, in der sie es thun, ist bald eine nähere, bald eine weitere. Gewisse nämlich beziehen sich *unmittelbar* auf das Klagrecht, es sind diejenigen, welche dasselbe gewähren, normiren, beschränken, versagen. Andere influiren nur *mittelbar* auf dasselbe, es sind diejenigen, welche Fragen betreffen, die mit der Klage direct nichts gemein haben. Daß der Betrüger dem Betrogenen Schadenersatz leisten soll, ist ein Satz der ersten Art; daß ein wesentlicher Irrthum Nichtigkeit erzeuge, ein Satz der zweiten. Jener findet seinen adäquaten Ausdruck in der actio de dolo, dieser übt mittelbar auf das Klagrecht den größten Einfluß aus, aber die Beziehung zur Klage tritt äußerlich in ihm nicht hervor.

Dieser Gegensatz hatte für das ältere Recht die einflußreiche

Digitized by Google

Bedeutung, daß er im Ganzen und Großen die Gränzscheide bestimmte zwischen der Gesetzgebung auf der einen und der der Jurisprudenz und des Lebens auf der andern Seite. Das Gebiet des eigentlichen Actionenrechts — die Rechtssätze der ersten Classe — gehörte principiell der Gesetzgebung an, den beiden anderen Gewalten war auf ihn nur ein höchst beschränkter Einfluß beschieden; das andere Gebiet hingegen fiel, wenn auch nicht ausschließlich, so doch vorzugsweise den beiden letztern anheim.

Ob diese Behauptung sich durch directe Äußerungen unserer Quellen begründen läßt, ist gleichgültig, wenn ihre Richtigkeit sich sonst nur thatsächlich erweisen läßt. Allein einen gewissen Anhaltspunkt findet sie auch in den Quellen. Pomponius[898]) zerlegt das alte Recht in drei Bestandtheile (tria jura): die Gesetze, die Legisactionen und das jus civile im engern Sinne des Worts, worunter er das von den alten Juristen (veteres, qui tunc jura condiderunt) im Anschluß an die Gesetzgebung gebildete Recht versteht (S. 467). Letzteres erscheint hier also als etwas außer und neben den Legisactionen befindliches, ungeachtet doch auch letztere der Jurisprudenz ihren Ursprung verdankten und ebenfalls als »jus« (Flavianum, Aelianum) bezeichnet wurden. In Anwendung auf sie kann also die rechtsbildende Thätigkeit der Juristen nicht denselben Charakter an sich getragen, nicht denselben Spielraum gefunden haben, wie innerhalb des jus civile. Diesen Schluß soll die folgende Ausführung bewahrheiten.

Ich wende mich zuerst dem jus civile zu und zwar nicht, um die Thatsache der in demselben enthaltenen selbständigen Rechtsbildung zu constatiren — dies ist bereits früher (S. 459) geschehen — sondern um an einigen Beispielen zu zeigen, in welcher Weise und Ausdehnung letztere innerhalb der oben angegebenen Gränzen möglich war, ohne gegen das Princip der legis actio zu verstoßen.

---

898) L. 2 § 5, 6 de O. J. (1. 2).

Digitized by Google

Zu den selbständigen Schöpfungen der alten Jurisprudenz gehörte die Usucapion der Erbschaft als universitas. Indem sie dieselbe einführte, gewährte sie damit allerdings eine Klage: die hereditatis petitio, allein letztere ward dadurch in ihrem bisherigen gesetzlichen Bestande nicht berührt, denn nicht sie ward ausgedehnt (vom Erben auf den Nichterben), sondern der Begriff des Erben (von dem gesetzlichen oder testamentiven Erben auf den Usucapienten).

Ebenso verhält es sich, nur nach entgegengesetzter Seite hin, mit der bereits gelegentlich (S. 464) berührten von der alten Jurisprudenz vorgenommenen Beschränkung des Intestaterbrechts des weiblichen Geschlechts. Dieselbe fand ihren praktischen Ausdruck in der Versagung der Erbschaftsklage, allein ohne daß letztere auch hier durch die Veränderung unmittelbar betroffen worden wäre. Sie ward nicht gewissen Erben entzogen, sondern gewisse Personen hörten auf Erben zu sein.

Ein drittes Beispiel, das uns die hered. petitio gewährt, besteht in der gewohnheitsrechtlichen Einführung der querela inofficiosi testamenti.[898a]) Letztere war keine neue Klage, denn sie kleidete sich in die Form der erst genannten, und doch enthielt sie eine der tiefeingreifendsten Neuerungen auf dem Gebiet des Erbrechts.

In derselben Weise, wie die Jurisprudenz in diesen und andern Fällen (z. B. bei der Einführung des Mancipationstestaments) mit dem Erbrecht die eingreifendsten Veränderungen vornahm, ich möchte sagen: in der Tiefe, im Innern des Instituts, ohne daß dieselben an der Oberfläche der Klage hervortraten, in derselben Weise konnte sie es bei allen andern Instituten. Die rei vindicatio blieb, was sie war, auch wenn die Jurisprudenz die Lehre von den Eigenthumserwerbsarten, z. B. die Theorie der Usucapion noch so sehr umgestaltete. Die actio

---

898a) Darauf bin ich erst durch Gustav Hartmann, Über die querela inoff. testamenti. Basel 1864 S. 7 aufmerksam geworden.

Digitized by Google

confessoria verspürte nichts davon, ob man bei den Servituten die Usucapion ausschloß oder zuließ u. s. w. Nur wenn man sie hätte ausdehnen wollen auf Servituten, die das Gesetz nicht kannte (z. B. die Urbanalservituten der spätern Zeit), würde sich ihre Legisactionen-Natur dagegen gesträubt haben; sie konnte, bevor diese Schranke fiel, nur lauten auf iter, via, actus, aquaeductus.

Außer den angeführten Rechtssätzen und Maßregeln lassen sich noch eine Menge anderer namhaft machen, allein alle fügen sich der obigen Formel, unter ihnen befindet sich nicht eine einzige Klage.[899])

Die Klage gehört dem Gesetz. Für fast alle Klagen, die dem ältern Recht entstammen, läßt sich diese Quelle mit aller Sicherheit nachweisen. So sparsam die Gesetze aus alter Zeit sind, welche materielle Bestimmungen enthalten, so zahlreich sind diejenigen, welche das Klagrecht und die Form des Verfahrens zum Gegenstand haben. In den wenigen Paragraphen über die Legisactionen zählt Gajus mehr Gesetze auf, welche der zweiten Classe angehören, als von der ersten in seinen sämmtlichen vier Büchern zusammengenommen,[900]) und es möchte in der ganzen römischen juristischen Literatur kein zweites Stück gefunden werden, das auf so kleinem Raume so oft des Gesetzes gedenkt.[901])

---

899) Ich hebe insbesondere hervor die Umgestaltung des Familienrechts (Emancipation, Adoption, coemptio fiduciae causa, in jure cessio tutelae), die Einführung der manumissio vindicta, die in jure cessio der hereditas legitima.

900) S. das Verzeichnis der leges in der Lachmann'schen Ausgabe, p. 428. Natürlich sind nur die Gesetze aus der Zeit der Legisactionen gemeint.

901) Des Gesetzes ohne Nennung des Namens: Gaj. IV, 11, 13, 21, 22, 23, 24, 26, 28; mit Nennung: die XII Tafeln IV, 11, 14, 21, 28 lex Pinaria 15, Silia, Calpurnia 19, Publilia, Furia de sponsu 22, Furia testamentaria, Marcia 23, 24, Aebutia und zwei leges Juliae 30, zwei leges, deren Name in der Handschrift nicht erkennbar (praediatoria?) 25, 28. Wie manche mögen noch in den unlesbaren Theilen der Handschrift vorge-

Digitized by Google

Nur ein einziges Mal wird das Gewohnheitsrecht erwähnt, nämlich bei Gelegenheit der gewisser Ansprüche wegen den Soldaten gewohnheitsrechtlich zustehenden pignoris capio.[902]) Die darin gelegene Abweichung von unserm obigen Grundsatz erscheint minder gering, wenn man bedenkt, daß es sich hier nicht um die Einführung einer neuen, sondern die bloße Ausdehnung einer bereits vorhandenen handelt.[903]) Von der Einführung einer selbständigen Klage durch Gewohnheitsrecht oder Jurisprudenz ist kein Beispiel bekannt.

Ging nun zwar alle selbständige Bildung der Klagen ausschließlich von der Gesetzgebung aus, so war doch damit der Jurisprudenz nicht aller und jeder Raum zur Einwirkung auf die Klage verschlossen. Aber der Spielraum war ein enger; er fiel zusammen mit dem der alten Interpretation (S. 455 fl.). Das Wort mußte man stehen lassen,[904]) — darauf war ja die ganze Idee der Legisactionen basirt — allein das Wort ließ sich dehnen und pressen. Auf diesem Wege gelang es, ohne Veränderung der Worte manchen Klagen einen weitern, anderen einen engern Umfang zu geben, als sie dem Gesetz nach in Anspruch nehmen konnten, so z. B. der actio de tigno juncto, bei der man das Wort tignum, der actio arborum furtim caesarum, bei der man das Wort arbores, der actio de glande legenda, bei der man das Wort glans im weitesten Sinn nahm.[905])

---

kommen sein. Jedenfalls ist nicht zu bezweifeln, daß bei Gajus noch manche fehlen, z. B. die lex Hostilia, pr. I. de iis, per quos (4. 10) u. a.

902) Gaj. IV, 26, 27.

903) Die pign. capio war bereits in den XII Tafeln anerkannt, jene Ausdehnung fällt aber mindestens 50 Jahre später, da sie die Einführung des Soldes zu ihrer Voraussetzung hatte.

904) Damit waren die Fictionen ausgeschlossen, deren Gajus darum auch erst bei Gelegenheit des Formularprozesses (IV, 32 fl.) gedenkt.

905) S. über diese Beispiele L. 1 de tign. junct. (47. 3) L. 3 arb. furt. (47. 7) und oben S. 459. Ein anderes Beispiel (das Wort nocet in der act. aquae pluviae arcendae) S. 460. Ein Beispiel aus späterer Zeit, in dem sich ebenfalls eine große innere Umgestaltung ohne die geringste

Digitized by Google

Sehr weit aber reichte dieses Mittel allerdings nicht. Mochte man den Sinn des Worts drehen und wenden wie man wollte, dies hatte doch seine Gränze. Aus dem Worte: in jure beispielsweise konnte man nicht die pure Negation desselben machen, wie dies doch hätte geschehen müssen, wenn man die früher besprochene Veränderung in der Vornahme des manum conserere (S. 574) rein auf dem Wege der Interpretation hätte bewerkstelligen wollen. Hier entschloß man sich denn mit dem Princip der legis actio geradezu zu brechen und ein Wort in die Formel zu setzen, das mit der Fassung des Gesetzes in offenem Widerspruch stand. Gajus hat noch einen Fall überliefert;[906] die Art und Weise, wie er sich über ihn äußert, verräth, daß er darin eine große Singularität erblickt.

So setzte also das Legisactionensystem neben dem Spielraum, den es einerseits der freien Rechtsentwicklung gewährte, andererseits doch der Jurisprudenz und dem Prätor eine unübersteigliche Gränze entgegen. Niemand vermochte eine gesetzlich zuständige Klage in ihrem Lauf zu hindern, auch wenn das Resultat im einzelnen Fall mit der wirklichen Intention des Gesetzes und dem natürlichen Rechtsgefühl in noch so grellen Widerspruch trat. Niemand vermochte umgekehrt in einem Fall, in dem das dringendste Bedürfniß und der gerechteste Anspruch auf Hülfe vorhanden war, eine Klage zu gewähren, wenn das Gesetz sie nicht vorgesehen hatte.

Daß das Drückende dieses Zustandes im Lauf der Zeit vom

äußere Änderung vollzog, gewährt die wechselnde Interpretation der Formelworte: quanti ea res est. Im Sinn des alten Rechts bezogen sie sich auf die objective Ästimation (B. 2 S. 110) L. 193 de V. S. (50. 16) L. 4 § 11 vi bon. (47. 8), aber die Juristen erstreckten sie auch auf das Interesse, L. 4 § 7 Damn. inf. (39. 2) L. 68 de R. V. (6. 1), vergleiche insbesondere wegen der act. furti L. 50 pr. de furt. (47. 2) mit L. 27, L. 80 § 1 ibid.

906) Gaj. IV, 24 nec me praeterit in forma legis Furiae testamentariae pro judicato verbum inseri, cum in ipsa lege non sit, quod videtur nulla ratione factum.

Digitized by Google

römischen Leben mehr und mehr empfunden werden mußte und wesentlich dazu beigetragen hat, den Untergang des Legisactionenprozesses herbeizuführen, dürfte schwerlich einen Widerspruch hervorrufen. Auch England kannte einst ähnliche Zustände — denselben Rigorismus des Gesetzes, denselben eisernen Legalismus — aber auch hier machte das Leben seine Rechte geltend. Dieselbe Erleichterung, die Rom im Formularprozeß, suchte England in den Billigkeitsgerichtshöfen (courts of equity),[907] nur haben letztere sich allerdings nie zu der Höhe des rechtsbildnerischen Einflusses erhoben, der dem römischen Prätor beschieden war.

Eine Nachwirkung hat aber den alten Legisactionenprozeß noch lange überlebt. Es ist dies jene für den specifischen Charakter der römischen im Gegensatz zu unserer heutigen Jurisprudenz so bestimmende Behandlung und Auffassung der Klage. Es ist schwer, diesen Gegensatz, wie es hier doch geschehen muß, im Vorübergehen mit wenig Worten zu entwickeln; mögen folgende Andeutungen genügen.[907a])

Wenn man die wissenschaftliche Form der Behandlung des römischen Rechts Seitens der römischen und der heutigen Jurisprudenz mit einander vergleicht, so findet man als dominirenden Gesichtspunkt und zwar sowohl für die Behandlung der einzelnen Institute als für die Anordnung des ganzen Systems dort die Klage, hier das Recht. Der römische Jurist beginnt regelmäßig mit der Klage und steigt von ihr rückwärts zu dem Recht hinauf, welches ihre Voraussetzung bildet, der heutige schlägt den gerade entgegengesetzten Weg ein. Dem entsprechend ordnet letzterer das gesammte System nach Gesichtspunkten, die vom Recht hergenommen sind; während die Römer sowohl in ihren legislativen Formulirungen (prätorisches Edict) als in ihren doctrinellen

907) S. die Note 874 citirten Werke von de Lolme, Kap. 11, und Gneist § 125, außerdem Rüttimann, der englische Civilprozeß. Leipzig 1851 § 8—10, 83.

907a]) Windscheid, Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkt des römischen Rechts. S. 229 ff.

Digitized by Google

Darstellungen den ganzen Stoff als Theilungsgrund und als leitenden Faden regelmäßig den der Klage benutzen.[907b]) Der römische Ausgangspunkt ist der des unmittelbar praktischen, der heutige der des theoretischen, wissenschaftlichen Interesses.

Wäre dies nun bloß eine Differenz der Ausgangspunkte, bei der man, nur in entgegengesetzter Richtung, ganz denselben Weg zurücklegt, so würde das Interesse derselben lediglich das einer systematischen Frage sein. Allein in der That bedeutet sie ungleich mehr, nämlich eine höchst folgenreiche praktische Differenz — eine Verschiedenheit für die Entwicklung des gesammten Rechts sowohl rücksichtlich der Art und Form, in der, als der Seite, auf der, und der Leichtigkeit, mit der diese Entwicklung vor sich geht. Die Klagen bilden in Rom das Reservatrecht der Staasgewalt: des Volks, Senats, Prätors. Auch noch in späterer Zeit gehört die Klage, wenn auch nicht wie einst der lex (im römischen Sinn), so doch dem Staat. Das Recht über seine Kinder und sein Haus leitet der Römer nicht vom Staat ab, das hat er von sich selbst, aber die Klage, den Anspruch auf Schutz von Seiten des Staats betrachtet er als eine Gabe des letzteren.[907c]) Die Jurisprudenz kann ihm dieselbe nicht gewähren. Sie mochte in späterer Zeit den Prätor zwar zur Einführung der Klage drängen, und sie hat es gewiß vielfältig gethan, allein sie konnte ihn in diesem Punkte nicht ersetzen. In einer ganz anderen Lage befindet sich unsere heutige Jurisprudenz, und der Grund dieser Verschiedenheit liegt in ihrer Auffassung der Klage. Hat sie das Recht gewonnen, ist sie im Stande, auf dem Wege der Deduction letzteres zu erweisen, so versteht sich für sie die Klage von selbst — die Klage ist für sie eine bloße Consequenz des Rechts, kein selbständiger Begriff —

907b) Einen interessanten Beleg dazu s. bei Kretschmar, Die Natur des Prälegats S. 108 u. fl. in Bezug auf die Differenz der römischen Juristen über die genera furtorum (Gaj. III, 183).

907c) Cic. pro Caec. c. 26 (II. 61 Note 48).

Digitized by Google

wo das Recht materiell einen Anspruch gewährt, versteht sich für uns das Formelle seiner Durchführung: Klage und Richter von selbst. Der Rechtsschutz des Staats erscheint unserer heutigen Auffassung so zu sagen als die selbstverständliche, über allen Rechten ausgebreitete Atmosphäre, die Lebensluft des Rechts, eine res communis, die allem, was auf dem Boden des Rechts lebt und webt, von selbst zu Gute kommt. Die Klage ist uns daher nichts als der Rechtsschutz in besonderer Richtung auf den einzelnen Fall — ein Abstractum, kein Individuum. Den Römern aber ist die Klage ein Individuum. Sie hat ihr bestimmtes Gebiet, ihren bestimmten Begriff, ihren eigenen Namen, ihre eigene Formel und ihre eigenthümliche Geschichte; ihre Entstehung beruht auf einer concreten historischen Thatsache, einem eigenen Einführungsakt. Daher auch das Fortleben des Urhebers der Klage in dem Namen derselben.[908])

Die Bildung der Klage ist daher ein rechtsschöpferischer Akt, den nur die Staatsgewalt vornehmen kann, das Vorhandensein des dazu geeigneten Rechtsstoffs reicht allein noch nicht aus, um den Akt zu ersetzen, es bedarf des lebenden Odems einer mit schöpferischer Kraft ausgerüsteten Macht, um sie ins Dasein zu rufen — kein römischer Jurist hat eine Klage geschaffen. Erst mit dieser ihrer Geburt ist der Zeitpunkt gekommen, wo Praxis und Theorie sich an der Klage versuchen können. Aber wie weit auch die Ausdehnung und Umgestaltung, die dadurch der Klage zu Theil wird, sich erstrecken möge, immer bleibt sie ein bestimmt abgegränztes Ding, ein Individuum — sie löst sich nie wie bei uns auf in den Äther des abstrakten Rechtsschutzes.

In gewissem Sinn kann man daher sagen, die Römer kennen

---

908) Die Klagen, deren Ursprung sich in die Vorzeit verliert, tragen ihren Namen nach der Sache z. B. rei vindicatio, actio confessoria, hereditatis petitio, die der späteren Zeit vorzugsweise nach ihrem Urheber z. B. actio Publiciana, Pauliana, Serviana, interdictum Salvianum. Ist es zufällig, daß gewisse Klagen des prätorischen Edicts nach der Person des Prätors genannt sind, andere nicht?

Digitized by Google

nicht die Klage, sondern nur die Klagen, wir keine Klagen, sondern nur die Klage. Die allgemeine Idee des Rechtsschutzes bricht sich im Prisma der römischen Rechtsauffassung in eine Summe einzelner ganz bestimmter Klagen, die sich aufzählen lassen.

Die bisher geschilderte, für die ganze Signatur des römischen Rechts so bedeutungsvolle Auffassung der Klage hat nun meines Erachtens ihre letzten Wurzeln in dem System der Legisactionen. Denn in ihm hat gerade der Gedanke, auf dem sie beruht: der der juristischen Individualität der Klage seine erste und zur höchsten Schärfe gesteigerte Verkörperung gefunden.[909a]) Die Legisactionen waren Individuen nach Art der Krystalle: scharfkantig, spitz, bis ins Kleinste hinein bestimmt, unabänderlich. Einer Jurisprudenz, die Jahrhunderte lang sie vor Augen und mit ihnen zu operiren hatte, konnte die Idee der Individualität der Klage nie wieder abhanden kommen.

Zu der im bisherigen vorgetragenen Auffassung der Legisactionen steht im Widerspruch die Ansicht eines neuern Schriftstellers,[910]) deren Betrachtung ich aus Gründen der Darstellung bis jetzt verschoben habe.

Die Ansicht betrifft zwar zunächst nur den Ursprung der Legisactionen, allein mittelbar das ganze Wesen derselben. Ihr Kern besteht darin: die Formeln hätten einen heiligen, religiösen

---

909a) Für das englische Recht ist auch hier wiederum dieselbe Erscheinung zu constatiren, ja die Individualisirung der Klage artet hier in förmliche Zersplitterung aus, d. h. auch das vom juristischen Standpunkt individuell Bedeutungslose d. h. die bloße äußere Verschiedenheit des Falls gibt hier den Stoff zu besonderen Klagen her. S. z. B. Gundermann a. a. O. S. 348, 363, 377, 384, 391. Im römischen Recht würde in den meisten dieser Fälle ein Anschluß an eine bestimmte Klage erfolgt sein. Daher ist die Zahl der Klagen im römischen Recht eine mäßige geblieben, während das englische Recht unter der Sündfluth von Klagen fast untergegangen ist.

910) A. Schmidt in der oben Note 872 citirten Gelegenheitsschrift.

Digitized by Google

Charakter an sich getragen, ein Versehen in dem Gebrauch derselben sei folgeweise unter den Gesichtspunkt einer Sünde gegen die Götter gefallen.

Die Ansicht weist eine Erscheinung, die sich auf allen Gebieten des Lebens wiederholt, ihrem letzten Grunde nach der Religion zu, ohne daß dazu die mindeste Nöthigung vorläge. Der Formalismus beherrscht das ganze alte Recht, nicht bloß den Prozeß; warum für letzteren nach einem besonderen Grunde suchen? Die von mir im Verlaufe der Darstellung öfters herangezogene Parallele des isländischen und englischen, des altdeutschen und altfranzösischen Prozesses zeigt, daß das Interesse der Rechtssicherheit allein vollkommen ausreicht, um auf dem Boden desselben das Formelwesen zur üppigsten Blüthe zu entfalten.

Auch daß in Rom die Diener der Götter: die Pontifices, die Verfasser und Hüter der Legisactionen waren, findet zu jeder Zeit, in der die Geistlichen die Träger der gelehrten Bildung, oder, um minder anspruchsvoll zu sprechen, die Schreibmeister der Nation waren, sein Seitenstück, und dieser Umstand allein würde den von ihnen verfaßten Formeln ebensowenig eine religiöse Weihe zu verleihen im Stande gewesen sein, als z. B. der Mönch Marculf im siebenten Jahrhundert für seine Formulariensammlung eine solche vindicirt haben wird.

Daß die Legisactionen denselben Geist athmen, wie die Formeln des geistlichen Rechts, was bewiese es anders als die von mir mehr als von irgend Jemanden betonte und nachgewiesene Thatsache (S. 397 fl.): daß beide denselben Händen ihren Ursprung verdanken? Der eigenthümliche Styl der Pontifices geht durch das ganze Recht, das fas wie das jus hindurch, aber eben diese letztere, uralte Scheidung des Rechts in eine religiöse und profane Seite (Bd. 1 S. 266) lehrt, daß nicht jedes Institut schon dadurch allein, daß ein Pontifex seine Hand daran legte, eine religiöse Weihe erhielt.

Ein Versehen in der Formel, heißt es weiter, fachte den Zorn der Götter an, denn die Formel war entnommen dem Ge-

Digitized by Google

setz, das Gesetz selbst aber vermöge der Auspicien unter göttlicher Mitwirkung erlassen. Einen Beweis der Richtigkeit dieser Auffassung soll die legis actio sacramento liefern: das sacramentum hatte den Zweck, die Götter zu versöhnen.

Der Verfasser ist die Antwort schuldig geblieben, warum sie die Sühne bloß bei jener legis actio, nicht aber auch bei den vier übrigen verlangten, namentlich der pignoris capio, die ja in gewissen Fällen eine ausgesprochene religiöse Beziehung hatte. Waren die Gesetze, in denen die übrigen legis actiones ihren Ursprung hatten, weniger unter göttlichen Schutz gestellt? Schrie das Unrecht Jemandes, der in ungerechtfertigter Weise mittelst manus injectio oder pignoris capio vorgegangen war, weniger zum Himmel, als dessen, der in ganz zahmer Weise in Form der leg. act. sacramento den Weg Rechtens eingeschlagen und dabei einen Formfehler begangen hatte?

Ein Gebot gab es im alten Prozeß, dessen religiöse Natur außer allem Zweifel steht: das Gebot der Beachtung der dies nefasti (§ 47d). Welche Folge hatte die Verletzung desselben? Die unbewußte konnte und mußte mittelst eines Piaculum gesühnt werden, die absichtliche konnte es nicht. Den religiösen Charakter der legis actio sacramento angenommen, so hätte also ein Mißgriff in der Benutzung der für sie vorgezeichneten Formeln ebenfalls durch ein Piaculum gesühnt werden müssen. Daß bei den wirklich religiösen Formeln das Versehen diese Folge nach sich zog, wird uns ausdrücklich bezeugt.[911])

Ich komme zu dem Resultat: welche Bewandniß es auch mit dem religiösen Charakter der legis actio sacramento gehabt haben mag, das Formelwesen im altrömischen Prozeß war eine rein profane Institution, zu deren Erklärung der religiöse Gesichtspunkt weder herbeigezogen werden muß, noch darf.

911) Arnob. adv. gentes IV, 31: Piaculi dicitur contracta esse commissio, si per imprudentiae lapsum aut in verbo quisquam ... deerraverit. Cic. de har. resp. c. 11 § 23 .. si verbo aberravit ... errata expiantur.

Digitized by Google

4. Raum und Zeit als Element der Rechtsformen.

XLVII[d]. Das Verhalten des Rechts zu diesen beiden Kategorien seinem ganzen Umfang nach historisch zu verfolgen, würde eine der interessantesten und dankbarsten Aufgaben der vergleichenden Rechtsgeschichte sein. Als Resultat würden wir wahrscheinlich überall dieselbe Erscheinung antreffen, welche die römische Rechtsentwicklung uns vergegenwärtigt: den fortgesetzten Kampf des Rechts gegen den beschränkenden und beengenden Einfluß der beiden Momente: Zeit und Ort, den Fortschritt von der Gebundenheit und Abhängigkeit von Zeit und Raum zur möglichsten Emancipation von ihnen.

An der gegenwärtigen Stelle beschränken wir uns auf die Bedeutung beider Momente für die Form der Rechtsgeschäfte im älteren Recht.

Ich beginne mit dem Raum.

Welche Bedeutung das Problem der Überwindung des Raums für die Geschichte der Erfindungen, des Handels ja für die Culturgeschichte überhaupt hat, und was der menschliche Erfindungsgeist auf diesem Gebiet geleistet hat, ist allgemein bekannt. Weniger bekannt dürfte es sein, daß und wie auch das Recht sich mit demselben Problem hat abmühen müssen. Die Schwierigkeiten, mit denen das Recht zu ringen hatte, lagen nicht in der Außenwelt, der Natur, sondern im Menschen selbst, aber sie waren darum nicht minder groß, und es hat nicht weniger Zeit und Anstrengung gekostet, sie zu bewältigen, als diejenigen, welche die Mechanik und die Naturwissenschaft zu überwinden hatten. Der Abstand zwischen dem Einst und Jetzt, dessen letztere sich rühmen können, wiederholt sich auch für das Recht — wer das heutige mit dem altrömischen vergleicht, wird ihn kaum weniger erheblich nennen, als den zwischen dem Eisenbahn- und Telegraphenwesen der heutigen Zeit und dem Schneckengang der Posten und Fuhrwerke in der Vergangenheit.

Digitized by Google

Was ist für unser heutiges Recht die Entfernung, und was war sie einst! Einst ein absolutes Hinderniß für die Vornahme eines jeden Rechtsgeschäfts, ist sie heutzutage für den Verkehr *rechtlich*[922]) fast ohne allen Einfluß. Contracte schließen, Besitz und Eigenthum erwerben und übertragen, Prozesse führen u. s. w., alles das kann man von jeder beliebigen Entfernung aus — Stellvertreter und Briefe ersparen uns die Mühe des eigenen Erscheinens. Ein alter Römer würde sich vielleicht nicht weniger darüber wundern, was man heutzutage mit Papier und Dinte, als was man mit Dampf und Electricität ausrichtet. Papier und Dinte vertreten bei uns nicht bloß die *Person*, sondern auch die *Sache*, wenigstens die wichtigste derselben: das *Geld*. Wechsel, Anweisungen, Banknoten, Papiergeld machen es unserm heutigen Verkehr möglich, das Gewicht einer Million auf wenige Lothe zu reduciren; gegenüber den Summen, die täglich in dieser luftigen und duftigen Gestalt den Raum durcheilen, verschwindet die Masse des versandten Metallgeldes fast in nichts. Das Gemeinsame unseres gesammten heutigen Systems der Raumüberwindung im Gegensatz zu dem früherer historischer Epochen besteht in der Ersetzung *lebendiger* Kräfte durch mechanische. Die Locomotive hat das Lastthier, der Telegraph den Boten, die Feder den Menschen ersetzt — Dampf, Electricität und Dinte sind die völlig unentbehrlichen Vermittler des heutigen Verkehrswesens geworden.

Diese Gestalt der Sache macht uns den Eindruck der höchsten Natürlichkeit, wir würden gar nicht verstehen, wie man den Abschluß von Rechtsgeschäften unter Abwesenden beanstanden könnte. Der alte Römer dachte darüber anders, ihm würde unsere Weise als höchst anstößig erschienen sein — ein abermaliger Beleg dafür, welche Bewandniß es mit dem Begriff des „Natürlichen"

922) Nur das Familienrecht kennt noch das Requisit der Anwesenheit — die Reise zur Hochzeit ist auch heutzutage eine *rechtlich* nothwendige Reise; das Privatfürstenrecht hat selbst sie erlassen (Stellvertretung).

Digitized by Google

hat! Das Natürliche ist das, was der Anschauungsweise einer bestimmten Zeit entspricht — was dieser Zeit als natürlich, erscheint jener als völlig unnatürlich. Der Gegensatz der Anschauungsweise, welcher der Behandlungsweise des heutigen und des altrömischen Rechts zu Grunde liegt, läßt sich mit einem Wort bezeichnen — es ist der uns wohlbekannte der unsinnlichen und sinnlichen (S. 422). Die Gestalt, die das Verhältniß im altrömischen Recht an sich trug, legt sprechendes Zeugniß ab für den Einfluß, den wir oben (§ 43) dem sinnlichen Moment in der alten Zeit vindicirt haben. Sie war eine in hohem Grade unbequeme — eine Fessel für den Verkehr, die man sich selbst geschmiedet hatte, ein Joch, das man trug, weil und so lange man darin etwas Selbstverständliches, Natürliches erblickte. Um sich von ihm loszureißen, dazu bedurfte es eines Umschwunges in der ganzen Anschauung, wie er sich erst im Lauf der Jahrhunderte und nur unter dem zwingenden Einfluß bedeutender äußerer Veränderungen vollziehen konnte.

Das altrömische Recht verlangt den Abschluß der Rechtsgeschäfte unter Anwesenden. Warum? Wollen zwei Personen juristisch überein- oder zusammenkommen (convenire, conventio), so mögen sie es auch im natürlichen Sinn thun; da sieht man, daß sie etwas Gemeinsames vorhaben — ihre Vereinigung im Raum ist die sinnlich-natürliche Voraussetzung ihrer Vereinigung im Willen. Die locale Getrenntheit der beiden Parteien bei einem und demselben Rechtsgeschäft widerstrebt dem einfachen Sinn. Denn wenn es ein Geschäft sein soll, das sie zu Stande zu bringen gedenken, so ist auch Einheit der Handlung erforderlich (B. 4 § 53 Note 184 fl.); wie wäre aber letztere möglich, wenn die Personen an verschiedenen Orten sind? Offerte und Accept, Frage und Antwort, Absenden und Eintreffen der Erklärung fallen hier in ganz verschiedene Zeitmomente. Einheit der Zeit erfordert nothwendigerweise Einheit des Orts, Aufgeben der letzteren ist Aufgeben der ersteren.

Derselbe Grundsatz der Anwesenheit, der für Personen, gilt

Digitized by Google

auch für Sachen, insofern es sich um unmittelbare (d. i. dingliche im Gegensatz der mittelbaren d. i. der obligatorischen) Dispositionen über sie handelt. Wie könnte man dieselbe treffen aus der Entfernung? Das ist dem naiven Sinn zu hoch. Er verlangt nicht bloß, daß man den Gegenstand, um den es sich handelt, *sehe*, sondern daß das rechtliche Verhältniß, in das man sich zu ihm setzen, oder das man an ihm geltend machen will, kurz daß die Beziehung und Richtung des Willens zu ihm in einer äußeren Einwirkung auf ihn sich kund gebe, verkörpere. Wo die Sache unmittelbarer Gegenstand des Rechtsgeschäfts sein soll (Besitz- und Eigenthumsübertragung, Vindication, operis novi nunciatio,[923]) muß sie den handelnden Personen zur Hand sein, kurz der Grundsatz der Einheit des Orts, der Vereinigung in demselben Raum gilt ganz so für die Sachen wie für die Personen.

So hat also das Rechtsgeschäft seinen räumlichen Kreis, innerhalb dessen die Personen und Sachen gegenwärtig sein müssen. Für die *Personen* ist er durch das Requisit der *mündlichen Rede* (S. 594) abgegränzt, er reicht so weit, als die *Stimme* und das *Ohr* trägt. Darum müssen bei allen formellen Rechtsgeschäften und bei allen Handlungen des Prozesses, bei denen die Rede sich gegen den Gegner richtet, beide Theile gegenwärtig sein.[924]) Für die *Sachen* ist jener Kreis abgegränzt durch das Requisit des *Greifens* (Mancipation, Abtretung vor Gericht, Vindication S. 570), er reicht so weit als die *Hand*. Für die Tradition ist er im neueren Recht (S. 429) ungleich weiter gezogen; hier erstreckt er sich so weit, als das *Auge* (traditio longa

923) L. 5 § 2 und 3 de O. N. N. (39. 1). Nunciationem autem in re praesenti faciendam i. e. eo loci, ubi opus fiat ... sufficit in re praesenti nunciari ei, qui in re praesenti fuerit.

924) Für die Stipulation, Mancipation, Abtretung vor Gericht und die Legisactionen (mit Ausnahme der pignoris capio, Gaj. IV, 29) ist dies bereits früher bemerkt; ich hebe außerdem noch die in L. 6 § 2 de conf. (42. 2) genannte confessio in jure und jurata operarum promissio hervor, sowie die sententia arbitri, L. 27 § 4 de rec. (4. 8).

Digitized by Google

manu). Die Tragweite des Willens im Raum stuft sich demnach ab nach dem der Organe: der Hand, der Sprachwerkzeuge, des Ohrs, des Auges — darüber hinaus kann der Wille keine Wirkungen ausüben. Um ihm diese zu ermöglichen, hätte man an die Stelle der mündlichen Rede das Schreiben oder an die der eigenen Rede die des Stellvertreters setzen und rücksichtlich der Sachen das Requisit der actuellen oder (beim Besitz) potentiellen Einwirkung auf dieselbe erlassen müssen.

Hat das ältere Recht sich dazu verstanden? Die Frage ist entschieden zu verneinen. Nur rücksichtlich des Princips der Präsenz der Sache ließ man im Vindicationsprozeß nicht sowohl eine Ausnahme, als eine Erleichterung zu: Repräsentation des Streitobjects (S. 506),[925]) die auf die Mancipation unbeweglicher Sachen nicht ohne Rückwirkung bleiben konnte und für sie die völlige Aufgabe jenes Princips nach sich zog (S. 575).

Das bisher betrachtete Requisit bestand für sämmtliche Rechtsgeschäfte. Für gewisse Arten derselben gesellte sich noch ein anderes hinzu, welches den Ort nicht wie jenes bloß relativ, sondern absolut bestimmte. Alle an die Mitwirkung des Volks, der weltlichen und der geistlichen Behörden geknüpften Rechtsgeschäfte (S. 525: 1, 2, 3) waren nur am Sitz dieser Gewalten, in Rom[926]) möglich. Gruppiren wir dieselben nach

925) Nicht bloß bei unbeweglichen Sachen, sondern auch bei beweglichen, die sich ohne Unbequemlichkeit nicht vor Gericht bringen ließen, Gaj. IV, 17.

926) An welchen Orten innerhalb Roms, ist damit schon gesagt. Es wäre vielleicht nicht uninteressant, die Topographie Roms einmal mit Rücksicht auf das Recht und den Verkehr in seinem weitesten Umfange zu verfolgen. Als Beiträge dazu folgende Notizen. Eidliche Versprechungen wurden in alter Zeit an dem Altar des Herkules (ara maxima) abgelegt, Vergleichsverhandlungen im Tempel der Concordia gepflogen (Plin. Epist. V, 1), die Kriegsbeute ward zum Zweck der Recognition von Seiten der früheren Eigenthümer auf dem Marsfeld aufgestellt (Liv. III, 10. XXXV, 1) — man beachte die Allegorie des Orts in den beiden Fällen — die Verkündigung der Concurse durch öffentlichen Anschlag erfolgte an der columna Maenia auf dem Puteal (Schol. Bob. Orelli II, 295) nahe beim Carcer

Digitized by Google

den Rechtsgebieten, denen sie angehörten, so mußten in Rom vorgenommen werden

aus dem Familienrecht:

die Arrogation, Adoption, Emancipation, Eingehung und Trennung einer confarreirten Ehe, Abtretung der Tutel;

aus dem Sachenrecht:

die Manumission, Bestellung von Urbanal- und persönlichen Servituten;

aus dem Erbrecht:

die Errichtung des testamentum in comitiis calatis — das hieß aber, da letztwillige Verfügungen nur in Form des Testaments möglich waren: jede letztwillige Disposition — und die Abtretung der Erbschaft;[927])

aus dem Prozeß:

sämmtliche gerichtliche Akte des Legisactionenprozesses; im Formularprozeß hat sich der Prozeß bereits von Rom emancipirt (judicia imperio continentia im Gegensatz der jud. legitima).[927a])

Diese Regel erlitt jedoch zwei Modificationen. Die erste: die freiwillige Gerichtsbarkeit der römischen Magistrate (legis actio in diesem Sinn) war nicht auf Rom beschränkt, sie begleitete dieselben auch auf ihren Reisen z. B. in die Provinzen.[928]) Die zweite: zu Gunsten des Heeres war an die Stelle des testa-

---

(Plin. H. N. VII, 60), das sacramentum ward am pons Publicius deponirt.

927) Ob nicht auch die Antretung? Es fehlt uns leider an allen Nachrichten über die ursprüngliche Form der Erbschaftsantretung. Die dem späteren Recht angehörige bonorum possessio mußte vor dem Prätor (wenn auch nicht immer vor dem Tribunal desselben), also regelmäßig in Rom nachgesucht oder angemeldet werden.

927a) Gaj. IV, 104, 105.

928) Keller Röm. Civilproz. § 3. Ob von jeher? Sie stammte ja zum Theil erst aus späterer Zeit, siehe Note 737. Wie man im römischen Leben die dargebotene Gelegenheit benutzte, darüber s. z. B. Plin. Epist. VII, 16, 32.

Digitized by Google

mentum in comitiis calatis das testamentum in procinctu gesetzt, und über die Soldaten übte der Feldherr wie die Straf- so auch die Civilgerichtsbarkeit.[929]) Darin lag zugleich die freiwillige Gerichtsbarkeit, und sämmtliche durch in jure cessio zu vollziehenden Akte z. B. die Freilassung konnten mithin auch im Felde vorgenommen werden, so daß also nur die Eingehung oder Trennung der confarreirten Ehe für die Rückkunft nach Rom aufgespart werden mußten — für den Soldaten im Felde eine Beschränkung ohne alles Interesse.[929a])

Abgesehen von diesen beiden Modificationen mußte Jeder, der eins der obigen Geschäfte vollziehen wollte, sich nach Rom verfügen. So lange das römische Gebiet sich auf einen kleinen Umkreis beschränkte, lag in dieser Einrichtung keine nennenswerthe Unbequemlichkeit. Wer kam nicht von Zeit zu Zeit in die Stadt? Der Marktverkehr, der Gottesdienst, die Spiele, Feste, Volksversammlungen boten reichliche Anlässe dazu. Hierin lag kaum eine größere Belästigung, als sie auch heutzutage für die Eingesessenen größerer Amtsbezirke besteht.

Ganz anders aber stellte sich die Sache, als die Gränze des Gebiets sich weiter und weiter von Rom entfernte. Die Verfassung sowohl wie das Privatrecht war im wesentlichen berechnet

---

929) Gell. VII, 1. Val. Max. III, 7, 1. Liv. epit. lib. 86. In welcher Prozeßform? Die legis actio sacramento war, so wie sie uns geschildert wird, an Rom (B. 1 Note 214) und die Mitwirkung der Pontifices gebunden. Bewegte sich der Prozeß im Lager, wo es an Juristen von Fach fehlte, etwa in freieren Formen? Das möchte das Wahrscheinlichere sein. Der Prozeß vor dem Feldherrn gehörte zur Classe der judicia imperio continentia (quae imperio continent) d. h. derer, welche mit dem imperium zusammenhängen, nicht quae imperio continentur d. h. in ihm enthalten sind; in jenem Sinn kommt continere sehr häufig vor, z. B. aedificia continentia, z. B. L. 4 § 1 quib. c. pig. (20. 2) L. 6 de proc. (3. 3).

929a) Wenn ich in der ersten Auflage auch die arrogatio ausgenommen hatte, so hat mich inzwischen Sueton. Galba c. 17 . . pro concione adoptavit eines bessern belehrt; das Heer galt wie für das Testament so auch für diesen Akt als Volk.

Digitized by Google

auf eine Stadt; konnte man sie beibehalten für ein Reich? Die Frage, die damit an die Gesetzgebung herantrat: Beibehaltung des Bisherigen oder angemessene Decentralisation war eine der gewichtigsten, die ihr je zur Entscheidung vorgelegen hat, und an der unvollkommenen Lösung derselben, an dem Mißverständniß zwischen Stadt und Reich ist die Republik mit zu Grunde gegangen. Für das Privatrecht hatte zwar die Frage bei weitem nicht die Bedeutung wie für das öffentliche Recht, und die Hindernisse, die sich ihrer befriedigenden Lösung in den Weg stellten, waren nach dieser Seite hin ungleich geringer. Allein um so bezeichnender ist das Widerstreben, das selbst nach dieser Richtung hin zu Tage tritt. Vor allem trifft diese Bemerkung alle diejenigen Akte und Verhältnisse des Privatrechts, welche eine unmittelbare oder mittelbare religiöse Beziehung hatten und als zur Competenz des Pontificalcollegiums gehörige an Rom geknüpft waren. Welches Mißverhältniß war es z. B., daß man noch zu Gajus' Zeit eine Arrogation nur in Rom vornehmen konnte, [930]) also aus den entferntesten Provinzen zu diesem Zweck nach Rom reisen mußte! Oder daß ein Provinzialstatthalter von Bithynien wie Plinius sich die Autorisation zur Verstattung der Verlegung eines Grabmals erst vom Pontifex Maximus in Rom (Trajan) erwirken mußte! [931]) Seine minder scrupulösen Vorgänger hatten sich freilich nach seinem eigenen Bericht öfter darüber hinweggesetzt.

Thaten sie so Unrecht daran? Wenn die Gesetzgebung es unterläßt, unmöglich gewordene Einrichtungen zu beseitigen, so kann und muß die Praxis sich selber helfen; so geschah es überall, so geschah es auch in Rom. Der Prätor sollte sich zum Manus conserere mit den Parteien auf das Grundstück verfügen — wie war das durchführbar, als es zu dem Zweck statt eines bloßen Ganges, den das Gesetz im Auge hatte, einer förmlichen Reise

930) Gaj. I, 100.

931) Plin. Epist. X, 73 (69), das Antwortschreiben von Trajan ibid. 74.

Digitized by Google

bedurfte? Die Prätoren hätten, um dieser Bestimmung zu genügen, ihre sonstigen Pflichten völlig vernachlässigen müssen. Wie wir wissen, waren sie verständig genug, sich über jene Vorschrift hinwegzusetzen.[932]) Ebenso machten es die übrigen Beamten. Der Feldherr reiste nicht mehr nach Rom zurück, um dort die Auspicien zu erneuern,[933]) die Fetialen ersparten sich die weite Reise, um den Speer in Feindes Land hinüberzuwerfen. In allen diesen Fällen half man sich in ächt römischer Weise durch repräsentative Nachbildung des erforderlichen Grund und Bodens, wenigstens ist dies in drei Fällen ausdrücklich bezeugt (B. 1 S. 351).[934])

---

932) Was Gell. XX, 10, 9 von diesem Fall bemerkt, paßt für alle folgenden: Sed postquam praetores propagatis Italiae finibus datis jurisdictionibus negotiis occupati proficisci vindiciarum dicendarum causa in longinquas res gravabantur, institutum est contra XII tabulas tacito consensu etc.

933) In früherer Zeit ward er von dem Senat zu diesem Zweck nach Rom berufen, Liv. VII, 19. XXIII, 22. Ganz dasselbe galt von der Ernennung des Dictators, späterhin ward ihm bloß aufgegeben ut dictatorem in agro Romano diceret (s. folg. Note) Liv. XXVII, 29. Warum mußte der Dictator in der Stadt ernannt werden? Weil er für die Stadt ernannt ward (Princip der Präsenz). Im Felde hatte er vor dem Consul nichts voraus, hier war das imperium beider gleich, dagegen war das der Consuln innerhalb der Stadt durch das Interventionsrecht der Tribunen und die Provocation an die Volksversammlung beschränkt, und diese Beschränkungen hinwegzuräumen war der Zweck und Vorzug der Dictatur. Seit Ausdehnung des Provocationsrechts über die Bannmeile hinaus erhielt eben damit die (dasselbe ausschließende) Dictatur dieselbe Ausdehnung.

934) Für den in der vorigen Note besprochenen Fall fehlt es an einem Zeugniß. Liegt vielleicht in dem »in agro Romano« der Formel eine Aufforderung zu einer künstlichen Herstellung des ager Romanus, oder ist der Begriff ähnlich wie der des Grundeigenthums von vornherein ein elastischer gewesen, d. h. bezeichnete er das der römischen Herrschaft zur Zeit unterworfene Land, so daß er mithin mit letzterer gleichen Schritt hielt? Für beide Begriffe bildete Italien die Gränze, nur daß der Begriff des Grundeigenthums (praedium in italico solo) sich durch Verleihung des jus italicum auch auf die Provinzen übertragen ließ, während dies für den ager Romanus ausgeschlossen war. Liv. XXVII, 5: agrum Romanum .. Italia terminari.

Digitized by Google

Dem Verkehr ward es weniger leicht, sich von dem lästigen Requisit der Anwesenheit in Rom zu befreien. Vollständig gelang es ihm nur rücksichtlich der Testamentsform; das von ihm erfundene Mancipationstestament, welches neben anderen Vorzügen auch den der Ortsentbindung von Rom enthielt, trat ganz an die Stelle der älteren Form. Rücksichtlich der anderen Geschäfte vermochte er sich, so lange der Prätor sich nicht ins Mittel legte, nur in unvollkommener Weise zu helfen, nämlich durch factische Vornahme der Geschäfte außerhalb Roms und den Schutz, den die Sitte ihnen gewährte. Das Hauptbeispiel bieten die Freilassungen. Man erklärte den Sklaven vor Zeugen für frei (manumissio inter amicos) und behandelte ihn fortan als solchen, bis sich Zeit und Gelegenheit fand, in Rom vor dem Censor oder Prätor den Akt in aller Form Rechtens zu wiederholen.[935]) Ein anderes Beispiel liefert die obrigkeitliche Bestellung eines Vormundes nach der lex Atilia (tutor Atilianus). Sie mußte in Rom geschehen.[936]) Bis man zur Reise nach Rom Zeit fand, verwaltete, wie es bis zum Erscheinen des Gesetzes immer der Fall gewesen, irgend eine dem Pupillen nahe stehende Person factisch das Amt des Tutors. Auch hier gab später der Prätor dem Factischen rechtliche Gestalt, nämlich mittelst der Bestimmungen des Edicts über factische Tutoren (Protutoren).[937])

Für den Civilprozeß gab es, um sich der Reise nach Rom zu entziehen, keinen andern Ausweg als Vereinigung beider Parteien über schiedsrichterliche Entscheidung. Es gehörte zum Begriff des »lege agere« und des judicium legitimum, daß der

935) Das geschah auch noch in späterer Zeit, nachdem die lex Junia Norbana die unvollkommenen Freilassungen gesetzlich anerkannt hatte, s. z. B. Plinius Ep. VII, 16. Si voles vindicta liberare, quos proxime inter amicos manumisisti. Virg. Bub. I, 28. Caussa Romam videndi fuit libertas.

936) Gegen die Meinung, daß sie sich auf stadtsässige Pupillen beschränkt habe (Rudorff Recht der Vormundschaft B. 1 § 47) s. Th. Mommsen die Stadtrechte der lat. Gemeinden Salpensa und Malaca S. 438.

937) Dig. XXVII, 5 und 6.

Digitized by Google

Prozeß in Rom spielte; Prozesse unter römischen Bürgern außerhalb Roms, ein Anwendungsfall der judicia imperio continentia[938]) kamen, von dem Prozeß im Lager (Note 929) abgesehen, erst in späterer Zeit auf. Aber der alte Prozeß vermochte sich dem Einfluß der Gebietserweiterung doch nicht ganz zu entziehen, und es sind bereits früher (S. 574 und S. 644) zwei Spuren namhaft gemacht, in denen dieser Einfluß unverkennbar hervortritt, ich meine die Selbstdispensation des Prätors vom Erscheinen beim Vindicationsakt an unbeweglichen Sachen und die den Parteien durch die lex Silia und Calpurnia gewährte Dispensation vom Erscheinen im ersten Termin. Einen ähnlichen Zweck, das nutzlose Reisen möglichst zu ersparen, hatte auch die lex Hortensia aus dem Jahr 465, welche bestimmte, daß die Nundinen, welche früher dies nefasti gewesen,[939]) dies fasti sein sollten, was m. a. W. so viel hieß: das Landvolk könne, wenn es doch einmal des Marktes wegen zur Stadt komme, zugleich seine Rechtshändel abmachen.[940])

Dem bisherigen nach dürfte sich die Behauptung rechtfertigen, daß die Form der privatrechtlichen Geschäfte und die Organisation des Prozesses noch Jahrhunderte lang den Charakter athmeten, den das römische Recht ursprünglich an sich trug — den eines Stadtrechtes. Denselben Gesichtspunkt für das öffentliche und geistliche Recht und die Religion[941]) zu verfolgen, liegt außerhalb der Gränzen unserer Aufgabe.

Die Beschränkungen, denen die Form[942]) der Rechtsge-

---

938) Gaj. IV, 105 . . extra primum urbis Romae miliarium.

939) Fest. Nundinae.

940) Macrob. Sat. I, 16. Lege Hortensia effectum est, ut (nundinae) fastae essent, uti rustici qui nundinandi causa in urbem veniebant, lites componerent.

941) Die klassische Stelle dafür ist Liv. V, 52.

942) Die höchst wichtige Beziehung der Zeit zu dem Inhalt des Rechtsgeschäfts wird in der Theorie des subjectiven Willens (§ 53) erörtert werden.

Digitized by Google

schäfte rücksichtlich der Zeit unterlag, lassen sich ebenfalls auf zwei Classen zurückführen: relative und absolute.

Die relative Beschränkung hat in der Idee der Einheit des Rechtsgeschäfts ihren Grund und äußert sich darin, daß die einzelnen Handlungen, welche zur Begründung des Rechtsgeschäfts erforderlich sind, in denselben Zeitmoment fallen müssen. Da wir diesem Punkt an späterer Stelle (B. 4 § 53) eine eingehendere Erörterung widmen müssen, so können wir ihn hier völlig übergehen.

Die absoluten Beschränkungen waren doppelter Art. Zunächst positiver Art. Für gewisse Geschäfte gab es wie nur einen bestimmten Ort, so auch nur einen ganz bestimmten Zeitpunkt zu ihrer Vornahme, nämlich für die Testamente (zweimal im Jahr)[947] und die Freilassungen (alle fünf Jahre einmal, bei Gelegenheit des Census)[948] — beides höchst lästig und auf die Dauer unhaltbar und darum durch den Verkehr schon früh beseitigt.[949] Eine andere Beschränkung von negativer Art: die gerichtlichen Legisactionen sollen nicht an dies nefasti vorgenommen werden. Diese Vorschrift hatte wie die ganze Zeiteintheilung einen religiösen Charakter und bestand nicht für die Parteien (denen ursprünglich die Reihenfolge der dies fasti und nefasti sogar ein Geheimniß gewesen sein soll), sondern für den Magistrat,[950] und auch für ihn enthielt sie nur ein bloßes Sollen, d. h. wenn er sie übertreten, so hatte er dies zwar durch ein Piaculum zu büßen, allein die Handlung war und blieb in ähnlicher Weise gültig wie so manche in Übertretung einer bestehenden Verbindlichkeit vorgenommene außerprozessualische

947) Gaj. II, 101. Calatis comitiis faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant.

948) Das ergibt sich schon aus der Controverse im Fragm. de manum. (Dosith.) § 17a.

949) Über die Freilassungen s. Note 737.

950) Varro de L. L. VI, 29 praetoribus licet dicere. 30. nefas praetorem dicere. Ebenso Macrob. Sat. I, 16.

Digitized by Google

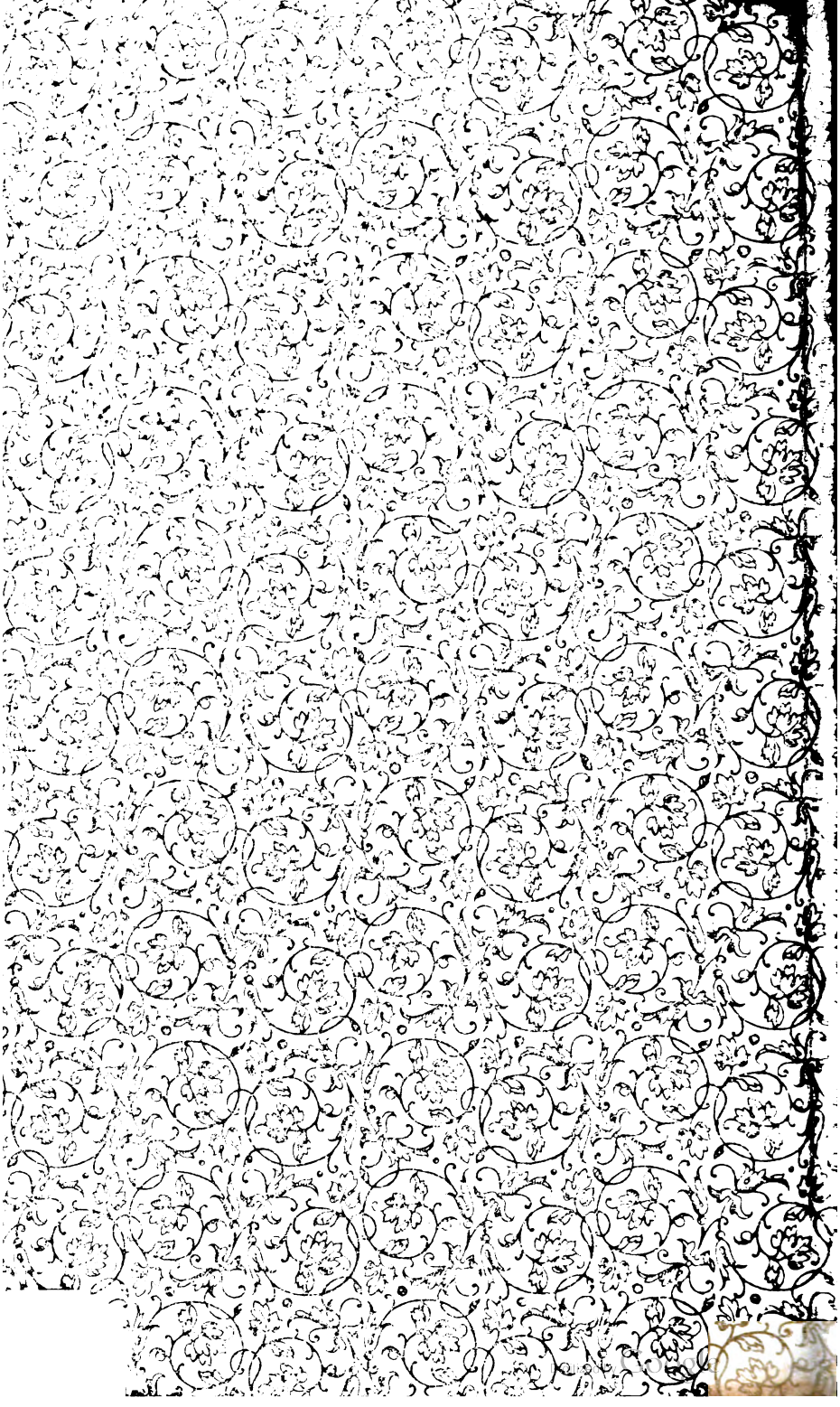
Handlung, m. a. W. die Vorschrift hatte nur die Natur einer lex minus quam perfecta.[951]) Aus diesem Grunde waren also die außergerichtlichen Akte des Legisactionenprozesses (S. 641) durch jene Vorschrift ebensowenig gehindert[952]) wie die Rechtsgeschäfte, soweit sie nicht der Mitwirkung der Obrigkeit in Form der legis actio bedurften.[953])

---

951) Varro § 30 cit. Ulp. Prooem § 2.

952) Was Gaj. IV, 29 von der pign. capio bemerkt, ist also keine Irregularität oder utilitärische Bestimmung (Bethmann-Hollweg Handbuch des Civilproz. I S. 223 „die pign. cap. litt keinen Verzug", wobei ihm mehr die deutsche Pfändung als die römische pignor. capio vorgeschwebt haben mag), sondern ein nothwendiger Ausfluß des Princips und galt von allen außergerichtlichen Legisactionen.

953) Über die letztere Frage sind freilich die Ansichten getheilt, siehe v. Bethmann-Hollweg a. a. O. I. S. 86.

Digitized by Google

Digitized by Google